Decis. 115 c

Merkwürdige Unrechtssprüche deutscher Juristenfacultäten.

Erster Band.

Osnabrück,
bey Johann Gottfried Kißling.
1804.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Vorrede.

Eine Sammlung merkwürdiger Unrechtssprüche? — warum nicht? — haben wir doch so manche Sammlung merkwürdiger Rechtssprüche, daß nichts nothwendiger seyn kann als durch den beliebten Contrast den Geschmack an diese wieder aufzufrischen.

In einem Zeitalter, wo die Verbrüderung des Geschmacks mit dem Ungeschmacke *) nicht enger seyn kann, als die des Rechts mit dem Unrechte, wo mancher fleißiger Leser merkwürdiger Rechtssprüche in den Fall des alten Practicus zu kom-

*) Ernst und Scherz, und — der Freymüthige.

men Gefahr läuft, welcher versicherte, es endlich so weit gebracht zu haben, daß er gar nicht mehr wisse was Recht oder Unrecht sey: dürfte der Versuch einer Absonderung dieses von jenem, dürfte eine eigne Zeitschrift, die blos dem Unrechte gewidmet ist, nicht ganz zweckwidrig seyn.

Ueberhaupt scheint man mir bei der Sammlung merkwürdiger (Rechts-) Sprüche von einem verkehrten Grundsatze ausgegangen zu seyn. Ein Rechtsgelehrter der erst durch ein Erkenntniß sich belehren lassen will, was Recht oder Uurecht sey, dürfte doch gar zu sehr hinter seinem Berufe zurück seyn. Ein unendlich größeres Bedürfniß ist dagegen in der juristischen Welt eine Sammlung merkwürdiger Unrechtssprüche. Wenn man Kinder vor Fehltritten hüten will, muß man ihnen die Klippen zeigen, an denen sie zu scheitern Gefahr laufen, und — die Facultäten haben bekanntlich jura minorum.

Doch

Doch ist dies keineswegs die einzige Tendenz dieser Sammlung. — Richter, welche sich in dem Falle befinden, die Acten zum Erkenntniß verschicken zu müssen, werden künftig leicht ermessen können, wohin sie dieselben zu schicken haben, wenn sie einen Rechts- und wohin, wenn sie einen Unrechtsspruch verlangen. Parteien die die in die traurige Nothwendigkeit gesetzt sind, einen Facultätsspruch einholen zu müssen, werden lernen, gegen welche sie excipiren müssen, wenn sie eine gerechte und gegen welche, wenn sie eine ungerechte Sache haben, und die Facultäten selbst....

Vielleicht hat dies Buch die Wirkung, daß die Referenten künftig, wenn sie ein Erkenntniß abfassen sollen, wenigstens die Acten vorher lesen, und bedenken was sie niederschreiben. Das wäre also bisher nicht geschehen? — Ich werde Fälle vorlegen, wo, nachdem man die Acten gelesen, es zum Räthsel aufgegeben werden könnte: wie es möglich sey in einer so liquiden Sache ein ganz widersinniges Erkenntniß

abzufassen? — die Herrn Facultisten verstanden es, dies Räthsel zu lösen. Ich habe eine solche Menge theils komischer theils trauriger Beyspiele davon erlebt, daß ein Cervantes und ein Salzmann hinreichenden Stoff zu einem Roman darin finden würden, jeder nach seiner Art. Ein englischer Gelehrter sagt, es könne gar nicht schaden, wenn ein Schriftsteller etwas von der Sache verstehe, worüber er schreibt — Wahrlich! es kann noch weniger schaden, wenn ein Referent die Acten gelesen hat, aus denen er ein Erkenntniß abfassen will.

Der Herausgeber.

Actenmäßige
Geschichts-Erzählung
in Sachen
des Hofkammerraths und Commende-Rentmeisters
Hermann Becker
auf der Johanniter Commende bey Burgsteinfurt in Westphalen für sich und die übrigen Lucas Beckerschen Testaments-Erben Beklagte und Appellanten

wider

den Hofrath, Professor und Doctor
Wilhelm Christian Erpenbek
und dessen Ehegattin,
Marie Josephe, geborne Becker
zu Burgsteinfurt Kläger und Appellaten.

Mit Anlagen A. B. C.

Ein Beitrag zur Lehre der allgemeinen deutschen ehelichen Güter-Gemeinschaft.

Omnium abſurdorum abſurdiſſimum eſt factum nonnullorum, qui ſtatuta ante jus romanum in germania receptum, introducta et adhuc valida ad decempedam hujus juris inflectere imo evertere tentant. — Nemo enim non concedit quodlibet jus ex principiis ſuis domeſticis non peregrinis interpretandum eſſe.

DE CRAMER
in opusculis. T. 3. ex 5. §. 8. p. 154.

Geschichtserzählung.

§. 1.

Die Eheleute Lucas und Bernardine Becker, geborne Olfers lebten auf der Johanniter Commende bey Burgsteinfurt in Gemeinschaft der Güter. Die Mutter starb am 2ten May 1788, und hinterließ aus dieser Ehe neun Kinder von denen die Hofräthin Erpenbeck die älteste Tochter ist.

Obgleich nun derselben Vater Lucas Becker zur zweiten Ehe nicht schritt, wurde er doch auf eigenes Andringen seiner sämmtlich großjährigen Kinder, und zur Verhütung künftiger Weitläuftigkeiten, noch bei seinen Lebzeiten (am 15ten May 1790) bewogen mit denselben eine Schicht- und Theilung vorzunehmen.

Er

Er errichtete über das elterliche Samtvermögen ein genaues Inventar, gab seinen Kindern den ihnen gebührenden Antheil d. h. die Hälfte des Samtvermögens baar heraus, und fand sie damit völlig ab.

Der Theilungsreceß ist

sub. Lit. A.

hierbei gedruckt. Inhalts derselben betheuert der Vater mit selbst eigener Unterschrift, und

so wahr ihm Gott helfe und sein heiliges Evangelium.

daß er Alles aufs genaueste verzeichnet, inventarisirt, und richtig angegeben habe. Alle Kinder haben durch ihre eigne Unterschrift die Richtigkeit dieser Angabe anerkannt; und unter denjenigen, welche am Fuße dieser Urkunde über den Empfang des ihnen gebührenden Antheils, oder (wie es wörtlich darin heißt) ihrer legitimæ quitirt und deren Richtigkeit anerkannt haben, stehen die beyden gegenwärtigen Kläger und Appellaten, Marie Josephe Becker, und Wilhelm Christian Erpenbeck oben an.

§. 2.

§. 2.

Letzterer hatte schon der Appellanten verstorbene Schwester Ferdinandine zur Ehe gehabt, und heirathete nach derselben Absterben ihre leibliche Schwester die Mitklägerin Marie Josephe.

Der Vater glaubte Ursache zu haben mit dem Betragen dieser seiner ältesten Tochter gegen ihn unzufrieden zu seyn, welches ihn bewog in einem über die ihm ausschließlich zustehende Hälfte des gemeinschaftlich gewesenen Vermögens (von dem seine sämmtlichen Kindern gänzlich abgefunden waren) am 1sten November 1791 errichteten Testamente, diese seine ungehorsame bei seinen Lebzeiten schon abgeschichtete Tochter zu übergehen. Mit Ausschluß derselben setzte er seine übrige sieben Kinder in der bei der Theilung ihm verbliebenen Hälfte des Vermögens zu Universal-Erben ein.

Proceßgeschichte.

§. 3.

Dies Testament welches nach dem Tode des Vaters im März 1793 eröfnet wurde, veranlaßte den gegenwärtigen Proceß.

Am 1sten May 1793 übergab die Hofräthin Erpenbeck unterm Beistande ihres Ehemannes bey der Johanniter Obristmeisterlichen Regierung zu Heitersheim wider ihren Bruder den Hofkammerrath Becker und dessen Geschwister eine Klage worin sie

1) auf ein Prälegat von 500 Rthlr. bestand, welches sie dadurch zu begründen suchte, daß ihre Eltern mündlich gegeneinander geäusſert haben sollten: die Töchter sollten 500 Rthlr. vorab haben;

2) nach der bei der deutschen Gütergemeinschaft ganz unanwendbaren römischen Lehre vom Pflichttheile, das väterliche Testament als pflichtwidrig anfocht, und mittelst dessen

sen Aufhebung den 8ten Theil des väterlichen Nachlasses forderte, wobei sie beiläufig anführte, ihr Bruder habe den Vater zur Errichtung dieses Testaments beredet, verleitet, ja sogar gezwungen, auch

3) einen Arrest auf die ganze väterliche Verlassenschaft nachsuchte.

Welchen letztern die Eheleute Erpenbeck auch sofort, jedoch auf ihre Gefahr und Kosten erhielten.

§. 4.

Die Beklagten Lucas Beckerschen Testaments-Erben erklärten in ihrer Vernehmlassung, daß ihnen von einem solchen angeblichen Prälegate nicht das allermindeste bekannt sey, überdem auch solche beyläufige zum Effect nicht gekommene Aeußerungen ganz unerheblich seyn würden. In Ansehung des eingeklagten achten Theils des väterlichen Nachlasses bezogen sie sich auf die Grundsätze der deutschen Gütergemeinschaft, wonach der überlebende Ehegatte, wenn er mit seinen Kindern geschichtet hat,

über

über die ihm verbliebene Hälfte des Vermögens frei disponiren kann. Und die Kinder welche aus dem elterlichen Samtvermögen abgefunden sind, d. h. die deutsche Kindesquote erhalten haben, nicht auch noch aus dem, dem überlebenden Ehegatten verbliebenen Vermögenstheil die römische legitima fordern können.

Dabey nahmen sie die Kläger wegen folgender Posten reconveniendo in Anspruch:

1) hatte des Mitklägers, Hofraths Erpenbeck, erstere Ehegattinn, Marie Ferdinandine Clementine, geborne Becker, in ihrem am 27sten Jänner 1789 errichteten letzten Willen der Beklagten Vater und Erblasser, den verstorbenen Rentmeister Lucas Becker, ob sie gleich den Rechten nach dazu nicht verpflichtet war, aus gutem freien Willen und kindlicher Liebe honorabili institutionis Titulo in Legitimam zum Erben eingesetzt. Da nun der Hofrath Erpenbeck diesem letzten Willen seiner verstorbenen ersten Ehegattinn bis dahin nicht nachgelebet hatte, so foderten die Beklagten, als instituirte Universalerben

versal-Erben ihres verstorbenen Vaters aus dem befragten Testamente den dritten Theil ihres ganzen Nachlasses cum fructibus perceptis & percipiendis.

2) Hatte der verstorbene Vater, Lucas Beck r, in der eidlichen Specification seines Vermögens (Anl. A.) unter der Rubrik: Schuldenstand sub Litt. C. die Gerichtskosten behuf Kinkelers Erbes und Rückstand zwar aufgeführt, jedoch aus dem Grunde in blanco lassen müssen, weil einestheils bey noch nicht geendigter Sache deren Betrag noch unbekannt war, anderntheils aber er, wegen der desfalls obwaltenden Streitigkeiten, noch nicht wußte, ob solche Kosten ihm, oder dem Herrn Commandeur zur Last fallen würden. Da nun, wenn sie bezahlt werden mußten (wie demnächst wirklich geschehen) selbige als ein onus heriditatis anzusehen, und die Hälfte derselben von der unter den sämmtlichen Kindern im May 1763 getheilten Vermögens-Hälfte abzuziehen sind, so wurden von jedem der Kläger $\frac{1}{8}$, mithin von beyden $\frac{1}{4}$ von der Hälfte aller wegen der

Kin-

Kinkelerschen nachher Coverdenschen Sache bereits bezahlten oder etwa noch zu bezahlenden Kosten reconveniendo eingeklagt.

3) Hatten die Gegner in ihrer Klagschrift den Mitbeklagten Hermann Becker beschuldigt, daß er ihren gemeinschaftlichen Vater zur Errichtung des Testaments und der darin vorgenommenen Ausschließung der Hofräthin Erpenbeck beredet, verleitet, ja sogar gezwungen habe. Da nun diese Beschuldigung eben so unwahr, als beleidigend und injuriös war; so reconveniirte er dieserhalb die Kläger injuriarum.

Dabei bestanden sie auf die sofortige Aufhebung des mit nichts justificirten Arrestes und auf eine von den Klägern pro reconventione & expensis zu bestellenden Vorstand von wenigstens 4000 Rthlr.

§. 5.

Auf diese Schrift, so wie die dabei eingelegte Bürgschaft wurde auch am 30sten Jul. 1793. der Arrest aufgehoben und dem Gegentheile

theile ad replicandum & excipiendum ein Termin von 2 Monaten präfigirt; welches Erkenntniß zu der ersten vom Gegentheile eingelegten Appellation Stoff gab.

Erst unterm 18ten März 1794 konnten Beklagte durch oft wiederhohlte dringende Bitten es dahin bringen, daß die Appellation für desert, das Erkenntniß vom 30sten Jul. 1793 für rechtskräftig und die damaligen Appellanten in alle durch ihre Appellation verursachte Kosten fällig erkläret wurden.

Die Gegner haben diese erste Appellation gar nicht eingeführt, sondern statt deren eine Bittschrift pro decernenda Citatione beym Kaiserlichen Kammergericht eingebracht und sind damit am 1sten April 1794 abgewiesen.

Erst nachdem von diesem Denegatorio das Documentum eingebracht (mithin ein Jahr nach angelegten Arreste) haben Beklagte es gewagt, mit Aussetzung eines an 5000 Rthlr. hinansteigenden Werths behuf der geleisteten

Bürgschaft zur Theilung des väterlichen Nachlasses zu schreiten.

§. 6.

Indessen hatten die Gegner sich nicht entsehen, auch wider das Heitersheimsche Erkenntniß vom 18ten März 1794 (ungeachtet dasselbe ein bloßes *inhaesivum* war) abermals die Appellation zur Hand zu nehmen, und brachten am 13ten Jul. ejusdem anni anderweite apostolos reverentiales aus.

Auch diese weiteren Versuche wurden bey dem höchsten Reichsgerichte abgeschlagen, unterm 23sten October 1794. ihrem Anwalde die öftere Behelligung des höchsten Dicasterii in gegenwärtiger Sache verwiesen, und demselben alles weitere Suppliciren untersagt.

Und nun wurden endlich die Decreta vom 30sten Jul. 1793. und 18ten März 1794. für rechtskräftig erklärt, die Gegner in die durch beyde Provocationen verursachten Kosten verurtheilt und ad replicandum & excipiendum die zweyte Frist präfigirt.

§. 7.

§. 7.

Nachdem die Gegner bis in den sechsten Monat Frist gebeten und erhalten hatten, kamen sie mit einer Vorstellung ein, worin sie, statt allen jenen rechtskräftigen Erkenntnissen zu pariren, nur des Hermann Beckers legitimationem ad acta in Zweifel zu ziehen und zu behaupten suchten, es sey von demselben gar nicht lis contestirt, auch ihnen eine hinlängliche Sicherheit nicht bestellt worden. Sie weigerten sich demnach die Replik und respective Exceptionsschrift einzubringen, einige Kosten zu bezahlen und verlangten eine grössere Sicherheitsbestellung.

Nachdem die Beklagten diese Vorträge beantwortet hatten, wurden per Decretum vom 30sten Dec. 1795

Die Kläger mit ihren in Betracht der Legitimation und Litiscontestation vorgebrachten Einwendungen abgewiesen und in alle desfalsige Kosten condemnirt, zur Zahlung der vorhin zuerkannten Kosten sub poena executionis jedoch mit Vorbehalt etwaiger

Einwendungen gegen die specificirten Ansätze) angewiesen und zur Einbringung der Replik und Exceptionsschrift terminus pro omni & ultimo & sub præjudicio præclusionis angesetzt.

Auch von diesem blossen Inhäsiv-Bescheide ergriffen die Kläger das Remedium appellationis, wurden aber am 28sten Jun. 1796 beim Kaiserlichen Kammergerichte ebenmäßig damit abschläglich vorbeschieden; sa daß also auch jenes Decret die Rechtskraft beschritten hat.

§. 8.

Endlich nach Verlauf von beinahe 4 Jahren kam am 12ten April 1797 die gegenseitige Replik und Exceptionsschrift ein.

Die Kläger brachten darin nicht nur ihre vermeintlichen Einwendungen gegen die specificirten Ansätze derjenigen Kostenrechnungen, worin dieselben rechtskräftig waren verurtheilt worden, bei, sondern veränderten auch das fun-

fundamentum agendi in der Hauptsache ganz, indem sie es nunmehr darin setzten:

Daß durch die am 15ten May 1790 geschehene Theilung nur diejenigen Kinder völlig abgeschichtet worden, welche in jene Theilung gewilliget; diese Einwilligung aber von Seiten der Ehefrau Erpenbeck (welche NB. den Theilungsreceß eigenhändig unterschrieben und über den Empfang ihrer Quote quitirt hatte) nicht vorhanden, mithin dieselbe mit ihrem Vater bis zu seinem Abscheiden in Communione verblieben sey.

Die Beklagten erklärten hierauf, daß sie die Bestimmung der specificirt eingegebenen Kostenrechnungen lediglich dem richterlichen Ermessen überließen und submittirten sich in der Hauptsache zum Urtel.

Am 12ten Jan. 1799 wurde die Sache für beschlossen angenommen, und die Akten auf Verlangen der Kläger zur Abfassung einer Urtel an die Juristenfakultät zu Tübingen geschickt.

Er-

Erkenntniß der Juristenfacultät zu Tübingen.

§. 9.

Von daher erfolgte denn im J. 1800 diejenige höchst merkwürdige Urtel, welche ich in der Anlage

sub. Lit. B.

hierbei drucken lassen, und worin

1) die Caution pro reconventione & expensis, welche Beklagte von Klägern verlangt hatten, stillschweigend verworfen,

2) die vorigen rechtskräftigen Erkenntnisse wegen Ersetzung derjenigen Kosten, welche durch die öftern Appellationen, und die Einwendungen wider die Legitimation und litis Contestation der Beklagten verursacht worden, zwar bestätigt, jedoch da gedachte Schaden und Kosten noch nicht liquidirt und ermäßigt seyn, unter einstweiliger Suspension des erlassenen mandati solvendi der Hofkammerrath

Be-

Becker angewiesen wurde, noch eine vollständige und specifike Consignation sämtlicher dahin gehöriger Posten, samt den hierzu erforderlichen Belegen, nicht weniger der bei Höchstpreislichem Kammergerichte aufgelauffenen Kosten, nachdem dieselben zuvor bei dieser höchsten Gerichtsstelle moderirt worden, ad acta zu bringen; worauf sodann, nachdem die Parteien hierüber in kurzen Säßen summarisch ad protocollum gehandelt, so viel diesen Punkt betrift, ferner ergehen solle was Rechtens.

3) Die Beklagten schuldig erkannt worden von der Lucas Beckerschen Verlassenschaft den achten Theil nach einem rechtsbeständigen Inventar, oder in Ermangelung desselben einer eidlichen Specification cum omni causa an Kläger auszuantworten, der letztern weitern Forderung auf ein Prälegat von 500 Rthlr. jedoch verworfen ist. Endlich

4) Beklagte mit ihren sämtlichen Reconvential-Forderungen abgewiesen, und ihnen nur

nur vorbehalten worden, ihre etwaige Ansprüche wegen Theilnehmung an Gerichtskokosten zum Behuf Kinkelers Erbe in separato auszuführen.

Dies Erkenntniß ist bei der Regierung zu Heitersheim den 24ten Febr. und respective den 4ten März 1801 eröfnet und den Partheien bekannt gemacht worden.

Die Beklagten haben davon die Berufung an das Kaiserliche Reichskammergericht ergriffen, woselbst am 12ten Jan. 1802. völlige Appellationsprocesse erkannt sind, und die Sache zur Entscheidung steht.

Prüfung desselben.

§. 10.

Was von diesem Erkenntnisse zu erwarten sei, zeigt gleich die von den Herrn Tübingern geschehene Erörterung der ersten Vorfragen

gen. Wenn es erlaubt ist von dieser auf die ganze übrige Ausführung zu schließen, so verdient in einer

Sammlung merkwürdiger Unrechtssprüche,

dies Erkenntniß den ersten Platz.

Wenn nemlich die Herrn Tübinger die Caution, welche Beklagte pro reconventione & expensis gefordert, verworfen haben, so haben sie gleich in den über diesen Punkt aufgestellten Entscheidungsgründen, in einen doppelten Widerspruch sich verwickelt.

„In Ansehung der Reconvention (sagen sie) „falle die Cautions-Bestellung weg, weil „die Hauptklage und Widerklage im Gan„ge des simultanischen Processes durchge„führt worden und die Causa reconventio„nis nun in der nemlichen Sentenz entschieden „werde, wodurch auch die Càusa Conventio„nis ihre rechtliche Entscheidung erhalte."

Und dennoch haben eben die Herren Tübinger in ihrer Urthel die zweite Reconventio-

nal-

nal-Foderung in Betreff der Kosten wegen Kinkelers-Erbes (wiewohl aus unzulänglichen Gründen) *ad separatum* verwiesen.

Sie setzten den Grund der aberkannten Caution pro reconventione darin:

das Beides, die Convention und Reconvention in der nemlichen Urtel entschieden worden; und dennoch

entscheiden sie über den ersten Reconventionsposten nicht, sondern verweisen die Beklagten damit zur besondern Ausführung!

Wie läßt sich dieser auffallende Widerspruch — nicht rechtfertigen, — nur vertheidigen?

In Ansehung der exigirten Caution pro expensis lassen sie sich in ihren Entscheidungsgründen folgendermaßen aus:

„und da die Sache selbst nunmehr soweit „durchgeführt ist, daß sie zum rechtlichen „Erkenntnisse vollkommen instruirt ist, so haben

„haben wir am Ende der Verhandlungen „in gegenwärtiger Instanz; auf die gefor= „derte Caution pro expensis weitere Rück= „sicht zu nehmen, um somehr für überflüs= „sig gehalten, da nach den Bestimmungen un= „sers abzugebenden Erkenntnisses die Unkosten „gegeneinander verglichen, und aufgehoben „werden; und sonach die Absicht dieser Cau= „tionsleistung von selbst wegfällt."

Ich brauche hiebei kaum zu bemerken, daß die Herren Tübinger unmöglich mit Gewißheit voraussetzen konnten, daß es bei ihrem Erkenntnisse auch in den künftigen Instanzen verbleiben werde (und daß ihr Erkenntniß sowohl in Ansehung des Kostenpunkts als der Hauptsache nothwendig werde reformirt werden, darüber wird jedem unpartheiischen Leser die nachfolgende weitere Ausführung die vollkommenste Ueberzeugung gewähren) mithin auch dieser Entscheidungsgrund wenigstens sehr precär und hypothetisch sey: sondern ich bitte nur darauf einen Augenblick Aufmerksamkeit zu verwenden, daß die Herren Tübinger in ih=

rer

rer eigenen Urthel (Anl. B.) wörtlich erkannt haben:

daß es bei den in die Rechtskraft eingetretenen Erkenntnissen und Decreten wegen desertirten und abgeschlagenen Appellationen und der dadurch verursachten Schaden und Kosten, nicht weniger der durch die von den Klägern gegen die Legitimation und Litiscontestation des Hofkammerraths Becker gemachten Einwendungen gleichfals verursachten Kosten sein unabänderliches Verbleiben habe; — d. h. daß die Eheleute Erpenbeck diese sämmtlichen Schaden und Kosten dem Herrn Hofkammerrath Becker ersetzen sollten.

Die Herren Tübinger condemniren also in ihrer Urthel die klagenden Eheleute Erpenbeck in eine beträchtliche Anzahl Schaden und Kosten, diesem Theile zu erstatten; und dennoch setzen sie den Entscheidungsgrund der aberkannten Caution *pro expensis* darin:

daß

daß die Kosten compensirt worden!

Was läßt sich von Referenten erwarten, die gleich in den ersten Vorfragen sich in solche Widersprüche verwickeln?

§. 11.

Durchaus die nemliche Bewandniß hat es mit dem zweiten oben (§. 2.) berührten Puncte des Tübinger Erkenntnisses

Die verlangte specifike Consignation und das erforderte fernere summarische Verfahren über die den Beklagten zuerkannte Schaden und Kosten

betreffend.

Dasjenige was oben (§. 6. 7.) aus der Proceßgeschichte angeführt worden, ergiebt:

Daß die Gegner rechtskräftig zur Ersetzung aller derjenigen Schaden und Kosten angewiesen worden, welche sie durch ihre mehrmalige Provocationen und durch die Ein-

wen-

wendungen gegen die Legitimation und Litiscontestation verursacht hatten.

Die specificirte Designation dieser Schaden und Kosten, zu deren Ersetzung der Gegentheil rechtskräftig verurtheilt worden, war zu den Acten übergeben.

Ausser dem darin zu 200 Rthlr. offenbar sehr geringe berechneten Schaden, den die Beklagten dadurch gelitten, daß die ganze Erbschaft, wegen der von Klägern eingewandten Appellationen, beinahe ein volles Jahr ungetheilt und lahm sub arresto gelegen, enthält diese Berechnung blos die Verzeichnung der Advocaturgebühren, Copialien, Porto u. s. w. welche vom Gerichte nach der Taxe oder sonst ex æquo & bono festgesetzt werden mußten.

Durch den Bescheid vom 30sten Dec. 1795 sind die Gegner sub poena executionis angewiesen,

die rechtskräftig zuerkannten Kosten nach Maaßgabe der darüber aufgestellten Designati-

nation innerhalb 2 Monaten zu bezahlen, oder binnen der nemlichen Frist die etwaigen Einwendungen gegen die specificirte Ansätze einzubringen.

Letzteres geschah, die Gegner brachten in ihrer Replik ihre Einwendungen gegen jeden einzelnen Ansatz vor, welche von Beklagten gehörig beantwortet, um Festsetzung der Advocatur-Rechnungen nach der Taxe und der übrigen Ansätze ex æquo & bono gebeten, und die ganze Bestimmung dem arbitrio Judicis anheim gestellt wurde.

Wie ist es nun möglich, mit diesen aus den Acten sich verificirenden Umständen das Tübinger Erkenntniß zu reimen, welches wörtlich dahin geht:

daß mit einstweiliger Suspension des erlassenen (NB. rechtskräftigen) Mandati solvendi, der Hofkammerrath Becker, als Mandatarius der sämmtlichen Lukas Beckerschen Testamentserben, noch eine vollständige und

spe-

specifike Consignation sämmtlicher dahin gehöriger Posten samt den hiezu erforderlichen Belegen, nicht weniger der bei dem höchstpreißlichen Kammergericht aufgelaufenen Kosten, nachdem dieselbe zuvor bei dieser höchsten Gerichtsstelle moderirt worden, ad acta zu bringen habe, worauf sodann, nachdem die Parteien hierüber in kurzen Sätzen summarisch ad protocollum gehandelt haben, soviel diesen Punkt anbetrift, ferner ergehen wird, was Rechtens ist!

Die vollständige specifike Consignation sämmtlicher hierher gehöriger Posten lag längst bei den Acten: und Beklagte sollten sie noch einmal beibringen? — Der Gegentheil hatte sich über die specificirten Ansätze einzeln und bestimmt vernehmen lassen, auch die diesseitige Gegenvernehmlassung war eingekommen, dabei um Festsetzung der Rechnungen gebeten, und die Bestimmung der übrigen Posten dem arbitrio judicis ex æquo & bono anheim gestellt: — und nun sollten die Partheien

noch

noch einmal in kurzen Sätzen darüber handeln? —

Die Belege der Advocatur-Rechnungen, Copialien u. s. w. lagen bei den Acten. Ueber Brief-Porto und außergerichtliche Bemühungen Belege beyzubringen, ist nicht wohl thunlich und wird auch in solchen Fällen nie verlangt, sondern es muß die richterliche Bestimmstimmung ex æquo & bono eintreten. Daß, wenn eine beträchtliche Erbschaft beinahe ein ganzes Jahr ungetheilt und ungenutzt sub arresto liegt, dies für die Erben mit einem Nachtheile verknüpft sey, ist einleuchtend; daß die Bestimmung der Größe dieses Schadens dem richterlichen Ermessen überlassen bleibe, und die Erben allenfalls ad juramentum in litem zugelassen werden müssen, ist eben so bekannt.

Nach Lage der Sache und der Akten mußten die Herren Tübinger die Advocaturrechnungen festsetzen und die übrigen Posten ex æquo & bono bestimmen. Statt dessen aber zu verordnen: daß dasjenige, was schon einmal voll-

 stän-

ständig geschehen, noch einmal gethan werden solle, daß die schon einmal ganz durchgegangene und völlig erörterte, auch respective rechtskräftig entschiedene Streitsache noch einmal von vorn wieder angefangen, und der nemliche, schon einmal gemachte Weg noch einmal gemacht werden solle, ist in der That unverantwortlich!

§. 12.

Ich komme auf den dritten und Hauptpunkt des Tübinger Erkenntniß, nemlich

Den den Klägern zuerkannten achten Theil der Lucas Beckerschen Verlassenschaft

da dieser das eigentliche Hauptstreitobject ausmacht, habe ich es nöthig erachtet, die in Betref dieses Punktes von der Juristenfacultät zu Tübingen mitgetheilte Entscheidungsgründe in der Anlage

sub Lit. C.

vollständig mit abdrucken zu lassen, damit der Leser in den Stand gesetzt werde, die ganze

Lage

Lage der Sache von allen Seiten, die Gründe für und wider sofort zu übersehen, und sich um so gewisser zu überzeugen, daß das Tübinger Erkenntniß contra jus in thesi, gegen alle Rechtsanalogie, ja gegen die gesunde Vernunft gleich hart anstoße.

§. 13.

Darüber sind beide Theile völlig einverstanden und die Hrn. Tübinger haben es selbst ihrer Entscheidung zum Grunde gelegt:

Daß die verstorbene Lucas Beckerschen Eheleute (die gemeinschaftlichen Eltern der Ehefrau Erpenbeck und der Beklagten) in einer vollkommenen und allgemeinen Güter-Gemeinschaft gelebt haben und daß überhaupt in dem Commende-District, wie in der ganzen dortigen Gegend eine allgemeine Gütergemeinschaft unter Eheleuten eintrete.

Anlage C.

Auch darüber sind die Herren Tübinger völlig einverstanden:

daß, da die Johanniter-Commende zur Grafschaft Steinfurt nicht gehört, sondern reichsunmittelbar ist, die Landesgesetze jener Grafschaft so wenig, als die Polizeiordnung der Stadt Münster und überhaupt gar keine besondere örtliche Statuten und Verordnungen hier zur Entscheidungsnorm genommen werden können, sondern daß in diesem Falle die Entscheidungsgründe aus allgemeinen Grundsätzen der deutschen ehelichen Gütergemeinschaft, d. h. aus der ursprünglichen Entstehung und weitern Ausbildung des allgemeinen Begriffs und der Grundsätze dieses deutschen Instituts geschöpft werden müssen.

Anlage C.

Von diesen beiden wahren und richtigen Grundsätzen gehen die Herren Tübinger aus und ich mit ihnen.

§. 14.

Diese fast durch ganz Deutschland übliche, nach einiger Rechtslehrer Meinung schon im

Naturrechte gegründete a) und vorzüglich in ganz Westphalen b) überall hergebrachte allgemeine Gütergemeinschaft unter den Eheleuten ist bekanntlich ein bloß deutsches Institut, wovon im römischen Gesetzbuche auch nicht eine Spur vorkommt c). Das römische Recht kann deshalb auch darauf nicht angewandt und darf

a) Conf. Coccejus exerc. Vol. 1, resp. 23. Disp. 53. Cap. 3. pag. 650.

b) *Coccejus* Tom. 2. Conf. 34. nr. 18. — *Hertius* Vol. 1. resp. 457. nr. 2. 5. Vol. 2. Dec. 531. Nr. 2. dec. 947. Nr. 2 — v. Cramer Wetzl. Nebenst. Th. 56. pag. 87. Th. 104. Abh. 2. §. 1. pag. 490. — *Westhus* de orig. commun. bonor. inter Conjug. (Götting. 1773) — Lange Cap. 1. §. 3. & 10. Am letztern Orte findet sich der Beweiß, daß in ganz Deutschland pro Communione bonorum präsumirt werden müsse.

c) Klöntrup Beitrag zur Revision der Lehre von der Gemeinschaft der Güter (Osnabrück 1791.) Abschnitt 1. §. 7. 8. — Westhus l. c. cap. 3. §. 11. — Lange Cap. 1. §. 5. — Ludwig in append. Diss. de Success. Conj. & Dissort. Liber. p. 46. sq.

darf dasselbe nicht einmal nach den römischen Grundsätzen vom gesellschaftlichen Vertrage beurtheilt werden d).

„Bei Gegenständen — sagt Run„de e), — die den Römern ganz unbe„kannt waren, kann ohne den gesunden „Menschenverstand zu beleidigen, gar keine „Anwendung vom Römischen Rechte statt „finden, und in Ermangelung positiver deut„scher Rechte muß bei solchen Gegenständen „nach der Natur der Sache geurtheilt „werden.

In Ansehung der Lehre von der allgemeinen Gütergemeinschaft ist dies um so ausgemachter, da gerade diese mit demjenigen, was die

d) Westphal teutsches Privatrecht Th. 2. Abh. 44. § 1. — *Klugkist* de regulis juris röm. a Doctrina de societate male ad Commun. bonor. inter conjug. adplic. Marb. 1771 — Runde, Grundsätze des deutschen Privatrechts. §. 602.

e) Loc. cit. §. 84. Nr. 4. — Westphal Privatrecht Th. 1. Abh. 1. §. 6. & §. 7. Nr. 2. & §. 17.

die römischen Rechte über Erbverträge und Beerbungen der Ehegatten, Eltern und Kinder verordnen, im schnurgraden Widerspruche steht; mithin, ohne selbst in einen Widerspruch zu fallen, dieses auf jene nicht angewandt werden kann.

Omne quod æquitati naturali non repugnat, communionis bonorum lege innixum, quod vero contra jus romanum vergit in Doctrina de Communione bonorum ob repugnantiam inter hanc & romanorum præcepta minime attendenda esse prono fluit alveo. Ex his præstructis patet ergo, supplementum ab æquitate naturali peti posse, a Jure romano vero nullo modo sustineri, cum institutum germanicum de Communione bonorum a præceptis romanorum plane abhorreat f).

Hier-

f) *Gerding* Diss. de veris Commun. bonor. Limitib. (Hardervic. 1772.) §. 5. pag. 11. — *de Ludewig* de

Hieraus ergiebt sich von selbst, daß der römische Pflichttheil oder legitima auf die deutsche Gütergemeinschaft nicht angewandt werden könne. Da jener bloß römischen Rechtens ist, so darf er in eine deutsche Sache nicht hineingetragen werden g) und die in Gemeinschaft der Güter lebenden Eheleute sind so wenig ihren Aeltern als Kindern einen römischen Pflichttheil schuldig h). Bei der Gütergemeinschaft trit

de Successione conjugugum & liber. pag. 55. sq. Klöntrup loc. cit. Abschn. 1. §. 11. p. 36. — *de Cramer* Opusc. Tom. 3. exerc. 5. §. 8. — Lange von der Gemeinschaft der Güter. Hauptst. 1. §. 10. pag. 47. — Struben Nebenstunden Th. 5. Abh. 32. — v. Gmelin und Elsässer gemeinnützige juristische Beobachtungen. B. 3. St. 6. S. 2. §. 99. — Westphal l. c. Th. 2. Abh. 47. pag. 73. Nr. 12. 13.

g) Westphal l. c. Th. 2. Abh. 47. §. 2. pag. 66.

h) Runde Grundsätze des deutschen Privatrechts. §. 607. in fine. — *Selchow* elem. jur. germ. P. sp. § 428. p 358. & §. 473. — *Benz.* de legitima Parentum ob Commun. bonor. in foro Zittaviensi exul. (Erf. 1738.) — *Ayrer* de Legitima parentum pact. dot. liber. exclusa. (Gotting. 1738.)

West=

trit gar keine eigentliche Vererbung ein, sondern es sind die Folgen jener, welche dieser gleichen, eine Wirkung der Gemeinschaft in solidum i).

§. 15.

Durch die allgemeine Gütergemeinschaft wird das zusammengebrachte Vermögen beider Eheleute und alles, was sie während der Ehe erwerben, **nur eine einzige Masse**, in Ansehung deren beide Ehegatten nur eine einzige moralische Person vorstellen und woran keinem derselben ein besonderer Theil zusteht k).

Con-

Westphal a. a. O. Abh. 47. pag. 72. Nr. 11. *Mascov.* proclus. de paroem. jur. germ. Längst Leib längst Gut. — *Frise* de successione Conjug. ab intest. — *Bœhmer* de jur. & oblig. Conjug. superst. ex Commun. bonor. §. 15. — Klöntrup a. a. O. Abschn. 7. §. 7. & 8. — Lange Cap. 7. §. 12. Cap. 8. & 10. pag. 259. —

i) Westphal a. a. O. §. 1. pag. 66. — Lange Cap 7. §. 1.

k) Westphal a. a. O Abh. 44. §. 6. p. 20. — Runde a. a. O. §. 606. — *Selchow* l. c. §. 469.

Consumato matrimonio bona utriusque Conjugum in unam massam confunduntur & unum patrimonium fiunt, nomenque suum paternorum ac maternorum amittunt l).

Einige Rechtslehrer nehmen zwar auch eine Gemeinschaft nach Theilen an (Communio in partes sive ratas) nach der jedem Ehegatten die Hälfte des Vermögens zugelegt wird; allein dies ist eine Anomalie, die durch die verkehrte Anwendung des römischen Rechts auf ein deutsches Institut entstanden ist m).

„Die Gemeinschaft ohne Theile — sagt „Westphal n) — ist der ursprünglichen „Den-

469. — Klöntrup l. c. Abschn. 1. §. 1. — Lange l. c. & Cap. 4 §. 14. pag 113. sq.

l) *Gerding* Diss. cit. de Comm. bonor. limit. §. 3. — *Mevius* ad Jus Lubec. P. 2. tit. 2. art. 33. Nr. 174 & P. 5. Decis. 15. Nr. 3. —

m) Runde a. a. O. §. 603. — Klöntrup a. a. O. Abschn. 1. §. 1. not. a. — Lange Cap. 7. §. 2.

n) Im deutschen Privatrechte Th. 2. Abh. 44. § 5. pag. 19.

„Denkungsart der Deutschen gemäß, dem „fremden Rechte hingegen ganz unbekannt, „findet sich in den ältesten deutschen Gese„tzen o), dagegen die Gemeinschaft nach „Theilen, vermuthlich aus dem Geiste der „fremden Rechte sich in die neuern Gesetze „eingedrungen. Für die ungetheilte Ge„meinschaft ist daher die Vermu„thung, nicht für getheilte."

Da grade gegen diesen ersten Grundsatz der ehelichen Gütergemeinschaft die Tübinger hauptsächlich angestossen haben, so sey es mir erlaubt die eigenen Worte einiger der vorzüglichsten Rechtsgelehrten in dieser Materie noch beizufügen. So sagt Georg Ludewig Böhmer *)

Jus unum idemque in iisdem bonis utrique Conjugi, matrimonii causa, pro indiviso competens communionem bonorum

o) Conf. Sachsenspiegel B. I. art. 31. Schwäbisches Landrecht. cap 46. in verb. „Mann und Weib, mögent nicht gehaben Guth gezwait."

*) Electa juris Civilis. T. 3. exerc. 17. §. 3. pag. 5.

rum inter conjuges efficit. Idem in hac communione jus in iisdem bonis penes Conjuges conjunctim est; quod alioquin ante transitum in matrimonium alterutri Conjugi competebat: ac proinde jura, in proprietate contenta, inter conjuges non sunt divisa, sed ad utrumque Conjugem conjunctim spectant: eoque sensu jus illud commune in complexu bonorum conjugalium condominium vocatur. Simplicia Communionis principia sequuntur veteres germani in Communione bonorum pro fine societatis adoptanda, id quod ipsis moribus varia ratione factum esse constat. Communionis bonorum indolem adposite exprimit vetustæ consuetudinis testimonium in paroemia *Belgica* *): Mann ende Wyf hebben geen verscheyden Guet, cum qua conspirat *speculum Saxonicum* **): Mann und

*) Hanc illustrat Antonius Matthæi in Parœmiis Belg. pag. 25.

**) Lib. I. art. 31.

und Weib haben kein gezweyet Gut zu ihrem Leben, nec non *Speculum Suevicum* *): Mann und Weib mögent nicht gehaben gut gezweyet. Hujus Communionis rationem ad modum differre a Contractu Societatis apud Romanos, qui vel nudum usum bonorum collatorum, vel quæstum ex bonis Collatis sperandum respicit omnino differre, ex eoque istius indolem parum accurate æstimari, ostendit Jo Braband Engelbrecht **):

Und an einer andern Stelle ***) sagt *Bœhmer* Ceterum cum Conjuges vi Communionis bonorum universalis in adeo arctam Communionem abeant, ut bona mariti cum uxore & hujus cum illo communicentur, iisque adeo, conjunctim sumtis, unum idemque jus intuitu omnium bonorum indivisorum competat: Conjuges conjunctim sumti, unam personam repræsentare censentur.

Sehr

*) Cap. 46.

**) In Differt. de mutuo Conjugum Concursu ad solvendum aes alienum. §. 6.

***) In Electis l. c. p. 18.

Sehr genau bestimmt auch die Sache *Justus Veracius* *):

Communio bonorum sagt derselbe inter Conjuges longe aliter hic accipitur, quam apud Romanos, eorumque in Societate & de communi dividundo & herciscundæ familiæ Judiciis. Hic enim revera divisa est res, & nemo possidet eam in solidum, sed pro parte tantum rei Dominus sit. Sed conjux germanus quivis totius patrimonii utrobique confusi est Dominus, & quæ uxoris fuerunt, jam & mariti sunt, atque contra. Inconcinum forte illud est auribus latinis, unius rei plures esse Dominos in solidum.

§. 16.

*) In libell. consuet. Bamberg P. 2. quæst. 1. quam exhibet Jo. Pet a Ludewig. inter Script. rerum episc. Bamberg. Vol. 1. pag. 958. — Confer etiam *Mecklenburg* Diss. qua commoda superstitis conjugis in Communione bonorum universali minime successionem hereditariam, sed mutationem condominii in Dominium solitarium efficere contendit (Gœttingæ 1792.) §. 4. 6. 8. 9. & 10.

§. 16.

Wenn ein Ehegatte stirbt und Kinder vorhanden sind, so nehmen die meisten Rechtslehrer eine Communionem bonorum prorogatam dahin an: daß die Kinder in des verstorbenen Stelle treten und die Gütergemeinschaft mit dem Ueberlebenden fortsetzen *) Andere bestreiten zwar diese fortgesetzte Gütergemeinschaft gänzlich und nehmen an, daß der überlebende Ehegatte alleiniger Herr des vorhin gemeinschaftlichen Vermögens werde **); allein in Ansehung der daraus resultirenden Folgen ist diese Controverse nicht sehr wichtig. Denn da jene dem überlebenden Ehegatten die Administration des gemeinschaftlichen Vermögens ziemlich unbe=

*) Runde l. c. §. 608. — *Selchow* l. c. §. 474 — Lange von der Gemeinschaft der Güter Hauptst. 8. §. 3. — Westphal Th. 2. Abh. 44. §. 10. — *Puffendorf* obs. jur. univers. T. 4. Obs. 19. §. 8.

**) Klöntrup Beitrag zur Revision der Lehre von der Gemeinschaft der Güter Abschn. 6. §. 5. — 11, wo alle Gründe für und wider angeführt sind.

unbeschränkt zugestehen *) und die Verpflichtung desselben gegen seine Kinder hauptsächlich auf Erziehung, Unterhaltung und eine Aussteuer oder Abfindung beschränken; diese letztere Verpflichtung aber auch von denjenigen anerkannt wird, die eine fortgesetzte Gemeinschaft nicht annehmen und dieselbe nur aus einem andern Grunde erklären **); so glaube ich hier jene theoretische Frage um so mehr übergehen zu können, da ich doch unten noch einmal darauf zurückkommen muß.

§. 17.

Bemerkenswerth ist es, daß die den Kindern gebührende Aussteuer oder Abfindung nicht bloß bei der Gütergemeinschaft, sondern überall da Statt finde, wo deutsche Successions-Grundsätze eintreten, und die römischen Rechte keinen Eingang gefunden haben und diese Aussteuer für der Kinder gänzlichen Erb=

*) Runde & *Selchow* l. c. — Westphal a. a. O. Lange Cap. 8. §. 4.

**) Klöntrup l. c. §. 7. pag. 221.

Erbtheil angesehen werde *) dies ist der Fall bei den meisten Landbewohnern und Bauern vorzüglich in Westphalen, wo derjenige, welcher sich nur einen Brautschatz ausloben läßt, eo ipso pro tacite renunciante und als abgefunden angesehen wird, mithin von der weitern Succession ausgeschlossen ist. **) Eben so verhält es sich mit dem Adel, wo auch die römischen Successionsgrundsätze keinen Eingang finden können ***).

Man

*) Mösers patriotische Phantasien. B. 4. Abh. 52. — Vezin kleine juristische Schriften Heft 2. Nr. 1.

**) *Struben* in accesf. ad Comment. de jure Villic. accessio 20. p. 52. — *Idem* de jure villicor. Cap. 8. §. 7. — Dessen rechtliche Bedenken Th. 3. Bed. 18. p. 97. — *Puffendorf* obs. jur. univers. Part. 2. Obs. 33. — *Selchow.* elem. Jur. germ. §. 363. & 367. ibidemq. not. 5. & 7.

***) Möser a. a. O. Abh. 53. — *de Ludewig* Cons. Hallens. T. 2. Lib. 2. Cons. 124. C. 2. — *Bœhmer* Vol. 1. T. Cons. 140. qu. 4. Bremisches Ritterrecht tit. 1. §. 2. — *Engelbrecht* Comp. Jurispr. Lib. 31. tit. 16. §. 18.

Man kann also wohl mit Grunde annehmen, daß solche während der Eltern Lebzeiten geschehende und alles weitere Successionsrecht ausschliessende Abschichtung der Kinder, deutschen Ursprungs, und überall da, wo nach deutschen Grundsätzen succedirt wird, nicht ungewöhnlich sey; wie Ersteres auch der verstorbene Cammergerichts-Assessor Freiherr von Cramer *) bezeugt.

§. 18.

Bei der Lehre von der Gütergemeinschaft theilt man die Abschichtung der Kinder in die freiwillige und nothwendige. Die erstere geschiehet, wenn der überlebende Ehegatte nicht wieder heirathet oder sonstige Ursachen zur Abschichtung sich nicht zu Schulden kommen läßt, es ihm aber daran gelegen, oder die Kinder es gern sehen, daß ihnen ihr Antheil an den Gütern schon jetzt gegeben werde. Hier ist sie eine Güte des Ascendenten, und können entweder alle oder nur eins und das ande-

*) In den Wetzlar. Nebenst. Th. 39. Abh. 2. §. 2. p. 20.

andere der Kinder abgefunden werden. Die leztere sezt Ursachen voraus, weshalb auf die Sicherheit der Kinder zu sehen und daher die Abschichtung zu diesem Zwecke nothwendig wird. Hierher gehört besonders die zweite Heirath und Verschwendung des Ueberlebenden *).

Uebrigens sind dabei besondere Feierlichkeiten nicht erforderlich und die aussergerichtlich geschehene Abschichtung ist eben so gültig als die gerichliche **).

§. 19.

Soviel den Betrag der den Kindern bei dieser Abschichtung gebührenden Quote betrift, sind darüber zwar in einigen Statuten besondere Bestimmungen enhalten, die dem Ueberlebenden bald mehr, bald weniger, als den Kindern zulegen, wobei gewöhnlich darauf Rücksicht genommen wird, ob der Mann oder die Frau der überlebende Theil ist, indem an man-

*) Westphal deutsches Privatrecht. Th. 2. Abh. 46. §. 2. pag. 49. — Lange Cap. 8. §. 7.

**) Westphal a. a. O. §. 3. pag. 50.

chen Orten jenem ein Mehreres als dieser zugestanden wird: sonst aber geht die Regel, und mithin auch im Zweifel die Vermuthung dahin:

Daß den Kindern die Hälfte des Samtvermögens herausgegeben werden müsse.

Diejenigen, welche eine Communionem bonorum prorogatam und dabei (wiewohl etwas uneigentlich) annehmen, daß die Kinder den verstorbenen Ehegatten repräsentiren, finden dies schon in der Natur der Sache gegründet. Wie nemlich — sagen sie — die in einer unzertrennten ehelichen Gütergemeinschaft lebenden Eheleute, während der Ehe, ein unzertrenntes Eigenthum an dem Vermögen haben, das zu ihrer Familie gehört und sie zusammen besitzen, weshalb nichts väterliches und nichts mütterliches vorhanden ist, die Abtheilung einer solchen ganz gemeinsamen Sache nicht anders als nach der Zahl der Sammteigenthümer sich denken läßt: so ist auch in der Regel die Vertheilung des Vermögens, welches beide Eheleute sammt: eigenthümlich besessen

sen hatten, zwischen demselben und seinen Kindern zur Halbscheid anzunehmen, weil letztere des verstorbenen Vaters oder Mutter Stelle angenommen haben a).

So viel ist gewiß, daß an denjenigen Orten, wo die eheliche Gütergemeinschaft vollständig war und in ihrer völligen Stärke geblieben ist, die halbscheidige Abtheilung des Samtvermögens noch im Gebrauch, mithin auch in der Regel zu vermuthen und anzunehmen sey. — Man findet dieselbe schon in alten Gesetzen anerkannt. In

L. L Anglo - Saxonum Leg. Adebert. 17. heißt es:

„Si uxor vivum fœtum peperit, medietatem bonorum habeat“ b).

Justi-

a) *v. Cramer* Wetzl. Nebenst. Th. 38. Abh. 7. §. 1. pag. 110. *Bœhmer* de aeris alien inter Conjug. Hamb. Commun §. 8. — *Jcti Tübing.* Vol. 8. Consl. 106. nr. 7. — Lange Cap 8 §. 9. pag. 253. & ibi alleg. *Schuchard & Ludolph.*

b) *Engau* de bonor inter Conjug. Suevos. præsertim Memiens. Commun. §. 8.

„Justitia Lubecensis de aõ 1158: Si vir „& mulier pariter habent liberos substantia „eque dividetur inter superstitem & Li„beros“ c).

Die Theilung zur Hälfte ist ferner vorgeschrieben in

accessionib. ad Justic. Lubecens. de 1170. d) Durch die Oesterreichsche Verordnung in der Herrschaft Bregenz vom Jahre 1572 art. 3. e) — Das Bremer Landrecht vom Jahre 1517 tit. von Erffellen f). — Das Schlesische Kirchenrecht art. 3. g) — Die Danziger Rechte und Willkühr Th. 2. Cap. 5. art. 9. h) — Die Dortmunder Statuten

c) von Westphalen in monum. ined. T. 3. p. 623.
d) ibid. pag. 640.
e) Walch in den Beiträgen Th. 5. pag. 12.
f) *Puffendorf* Th. 4. in apend. pag. 40.
g) Lange gemeinsch. der Güter unter Eheleut. Hauptst. 1. §. 5.
h) *Hellfeld* voce abgetheilte Kinder §. 126. — *Klein* dissert. de Conven. Jur. Culm. & Gedan. cum Jure Communi, Dec. 9. §. 7.

Statuten art. 20. i) — das Culmische Recht Th. 1. Buch 3. Tit. 10. Cap. 11. k) — Das Lübische Recht Th. 2. tit. 2. art. 2. l) — Das Lüneburger Stadtrecht Th. 6. tit. 1. m) — Das Mindener Stadtrecht B. 1. tit. 2. art. 16. n) — Das Preußische Landrecht B. 1. tit. 22. art. §. 2. o) — Der Vertrag der Stadt Ruttberg vom Jahre 1753. art. 24. p) — Des Grafen Günthers von Schwarzburg Verordnung §. 16. q) die Stadtrechte zu Stolpe im Pommerschen r).

Und

i) Hoffmann Handbuch des deutschen Eherechts §. 261.

k) *Hellfeld* v. Schichtung. §. 2.

l) von Cramer, Wetzl. Nebenst. Th. 59. p. 88.

m) *Puffendorf* Th. 4. obs. in append. pag. 732.

n) Schmidt in thes. jur. francor. Abschn. 1. p. 1657. — *Rothar* de materna potestate. §. 23.

o) Klein Annalen der Gesetzgeb. Samml. 5. p. 403. — *Klein* Dissert. & loc. cit.

p) Hofmann. a. a. O. §. 258.

q) Estor. in der Rechtsgelehrs. der Deutschen. Th. 1. §. 841.

r) Hoffmann a. a. O. §. 312.

Und ist eben diese Abtheilung zur Hälfte hergebracht zu Betzig im Oldenburgischen s), zu Borgholzhausen t), in der Mark Brandenburg v) — zu Bramsche w) — Breckefeld x) — Detmold y) — Eiderstadt z) — Eulenburg aa) — Fürstenau bb) — Grafenhaimchen cc) — Guben dd) — Hadeln ee) — Halle in Westphalen ff) — Herford gg) — Herzberg hh) — Hof-

s) *Berger* de Posseff ux. imprim. Sax. in bon. marit. Cap. 1. § 19.

t) Acta Osnabrugens. Th. 2. St. 2. pag. 183. not 3.

v) Lange Gemeinschaft der Güter. pag. 25.

w) Hoffmann a. a. O. §. 239.

x) Ibid. §. 244.

y) Ibid. §. 255.

z) Ibid. §. 284.

aa) Estor a. a. O. Th. 2. §. 3061.

bb) Hoffmann a. a. O. §. 239.

cc) Ibid. §. 295.

dd) Ibid. § 295.

ee) *Puffendorf* Tom. 1. obs. app. pag. 48.

ff) Acta Osnabrugensia l. c. pag. 184. not. 4.

gg) Beiträge zur Litteratur in den Preußischen Staaten. Samml. 5 pag. 403.

hh) Hoffmann l. c. §. 295.

Hofgeismar ii) — Husum kk) — Iburg ll) — Kleve mm) — Lemgo nn) — Lingen oo) — Lippe pp) — Melle qq) — Nürnberg rr) — im Oelsischen ss) — zu Osnabrück tt) — Quakenbrück vv) — in der Grafschaft Ravensberg ww) — zu Rittberg in Westphalen xx) — zu Schleßwig yy) — Schwerin

ii) Ibid. §. 209.

kk) Ibid. §. 284.

ll) Ibid. §. 239.

mm) Klein Annalen der Preußischen Gesetzgeb. Buch 6. p. 327.

nn) Hoffmann l. c. §. 255.

oo) Beyträge zur jur. Litteratur. Samml. 3. pag. 397.

pp) Gebrüder Overbeck Meditat. B. 3. Med. 298. pag. 179. sq.

qq) Hoffmann l. c. pag. 239.

rr) Schmidt l. c. pag. 1722.

ss) Hoffmann ibid. p. 632.

tt) ibid. §. 239.

vv) Acta Osnabrugensia Th. 2. pag. 144. not. r.

ww) Beiträge zur jur. Litteratur. B. 5. P. 403.

xx) Acta Osnabrugensia Th. 2 pag. 144. not. r.

yy) *Ayrer* de Debit. obaerat. &c. Cap. 3. §. 7. not. 10. — Hoffmann l. c. §. 283.

rin zz) — Treffurt aaa) — Unna im Klevischen bbb) — Vörden ccc) — Wiedenbrück ddd) — Werthe eee) — Zerbst fff).

Nach dem Hildesheimer Stadtrechte ggg) — der Hadeler hhh) und Soester Statuten iii) — so wie dem Stadtrechte zu Münster kkk) u. s. w. erhält der Vater bei der Theilung die Hälfte, die Mutter aber wenigstens in einigen Fällen weniger.

Wenn ein neuerer Rechtslehrer glaubt, daß die im Zweifel anzunehmende halbscheidige Abtheilung aus der Anwendung des römischen Rechts

zz) *Bæhmer* T. 3. P. 2. Dec. 467. nr. 7.
aaa) Hoffmann l. c. § 207.
bbb) Klein a. a. O.
ccc) Hoffmann l. c. § 239.
ddd) Ibid. §. 239.
eee) Acta Osnabrugensia l. c. pag. 180. not. 2.
fff) Hoffmann §. 314.
ggg) *Bæhmer* electa Jur. civil. T. 3. exerc. 17. §. 27.
hhh) *Puffendorf* T. 1. Obs. in append. pag. 45.
iii) Hoffmann a. a. O. §. 245.
kkk) Ibid. §. 234.

Rechts auf ein deutsches Institut entstanden sey, so ist das wohl gewiß unrichtig. Denn nach dem römischen Rechte kann der sich wiederverheirathende Wittwer seiner zweiten Ehegattin nur Kindestheil vermachen, dagegen nach deutschen Gütergemeinschafts-Grundsätzen letztere die Hälfte des Vermögens erhält, auch wenn sie selbst keine Kinder hat. Auch ist jene halbscheidige Abtheilung in Deutschland schon üblich gewesen, als man vom römischen Rechte noch nichts wußte. Gerade umgekehrt könnte man vielmehr annehmen, daß der in einigen Statuten der schichtenden Wittwe zugelegte Kindestheil aus der verkehrten Anwendung des römischen Rechts auf ein deutsches Institut entstanden sey.

§. 20.

Daß bei dieser Abschichtung von der römischen Legitima gar keine Rede seyn könne, ist bereits oben (§. 14. in Fine) gezeigt und versteht sich in der That von selbst; da Niemand zu gleicher Zeit, nach römischen und deutschen

Rechten succediren kann. — Indessen ist es doch auffallend, daß diese durch die deutsche Abschichtung den Kindern zugelegte Hälfte des elterlichen Sammtvermögens oft mehr und wenigstens immer eben so viel als die römische *Legitima* befasse.

Letztere befaßt nemlich, wenn vier oder weniger Kinder vorhanden, den dritten Theil wenn aber 5 oder mehr Kinder sind, die Hälfte der Intestat-Erbportion, mithin im ersten Falle für sämmtliche Kinder den dritten Theil, im zweiten Falle aber die Hälfte des gesammten elterlichen Vermögens.

Wenn also nach den deutschen Gütergemeinschafts-Grundsätzen die Kinder immer die Hälfte des elterlichen Vermögens erhalten, so bekommen sie, wenn ihrer weniger als 5 sind, mehr als die römische Legitima von beiden Eltern beträgt; wenn ihrer aber 5 oder mehrere sind, bekommen sie wenigstens eben so viel, als das römische Recht ihnen zulegt.

Dies

Dies mag die Romanisten, welche die römischen Principien gern überall hinpflanzen, und wo dies gar nicht gelingen will, wenigstens der deutschen Sache einen römischen Namen geben, bewogen haben, diese den Kindern nach deutschen Gütergemeinschafts-Rechten gebührende Abfindung, ihre Legitima zu nennen.

Selbst in einigen Statuten findet man diese Benennung. So zum Beispiel heißt es in der Landgerichtsordnung des Herzogthums Franken vom Jahre 1570 art. 2. *):

Der zweite Theil, so der verfallen und ausgericht oder auszurichten erboten, ist für der Kinder Legitima zu halten, denn damit seyn sie von den Rechten und gemachten Eltern, so ihnen den zweiten Theil geben, Erbschaft und Todesfällen gänzlich abgesondert und von ihnen zu erben nicht mehr gewertig, es were dann daß sie ohne Leibeseheliche

*) Schmidt in thes. Jur. franc. Abschn. 2. pag. 900.

eheliche Erben, Testaments- oder Vermächtniß abstürben.

Auch die Osnabrücker-Gewohnheitsrechte *), die Rotenburger-Statuten **) u. s. w. nennen die den Kindern gebührende Hälfte ihren Pflichttheil und geben eben dadurch zu verstehen, daß jene Hälfte Alles sey, was die Kinder von dem elterlichen Sammtvermögen prätendiren können.

Diese Benennung also kann man jenen Romanisten sehr gern gönnen, nur müssen sie nicht auf den Einfall kommen, nun auch die römischen Berechnungsgrundsätze auf diesen deutschen Kindes- oder Pflichttheil anwenden zu wollen, mithin in denjenigen Fehler zu verfallen, den der verstorbene Kammergerichts-Assessor Freiherr von Cramer ***) eben bei dieser Materie so kräftig gerügt hat, wenn er sagt:

Om-

*) Estor l. c. Th. 3. §. 731.
**) Icti Tubing. Vol. 8. Cons. 107. nr. 16. sq.
***) In opusc. Tom. 3. exerc. 5. §. 8. p. 154.

Omnium autem absuridorum absurdissimum est factum nonnullorum, qui statuta ante Jus roman. in Germ. receptum, introducta & adhuc valida, ad decempedam hujus Juris inflectere, imo evertere tentant. — Nemo enim non concedit, quodlibet jus ex principiis suis domesticis, non peregrinis, interpretandum esse.

§. 21.

Eine solche Schichtung hat die Kraft eines Transacts, wodurch der letztlebende Ehegatte und dessen abgeschichtete Kinder völlig auseinander gesetzt sind, so daß aller wechselseitiger Anspruch auf des einen oder andern Theils jetziges und künftiges Vermögen wegfällt, und ein jeder mit seinem Antheil zufrieden seyn muß *). Diese Wirkung hat die Schichtung schon an und für sich und wird von

*) v. Cramer Wetzl. Nebenst. Th. 38. Abh. 7. §. 1. p. 110. — *W. Fr. a. Blechen* de Separat. sec. nubent. Th. 67. — Klöntrup Beitrag zur Revision der Lehre von der Gemeinschaft der Güter Abschn. 7. §. 7.

Seiten der Kinder kein ausdrücklicher Verzicht, am wenigsten ein eidlicher erfordert.

Colligo — sagt *Mevius* *) — renunciatione liberorum opus non esse, ipsum enim statutum sub his conditionibus excludens liberos Dotem accipientes loco renunciationis est, adeo cum isti satis sibi renunciatum esse censeatur. Inanis quippe foret specialis renunciatio, ubi ipsum statutum seu consuetudo vim renunciationis, quam non requirit, supplet.

Die abgeschichteten Kinder können also auf das Vermögen der Eltern gar keinen Anspruch machen, und diese brauchen jenen nichts zuzulegen, wenn sie nachher auch ein noch so ansehnliches Vermögen durch Handel, Gewerbe, Erbschaft, eigenen Fleiß, oder Glücksfall erwerben sollten **). Aber auch die Kinder sind von der Zeit der Schichtung an Herren und Eigenthümer des ihnen ausgelobten und

*) Ad jus Lubec. P. 2. art. 36. nr. 60. Klöntrup l. c.

**) *a Blechen* l. c. th. 68. — Klöntrup l. c.

und angewiesenen Theils und die Eltern können darüber nicht ferner schalten und ihnen denselben weder mindern noch ganz entziehen *).

§. 22.

Ferner hat die Schichtung zwischen Eltern und Kindern den Effect, daß sie alle wechselseitige Erbfolge aufhebt und jeder Theil nicht bloß bei Lebzeiten, sondern auch auf den Todesfall darüber ungehindert verordnen kann **).

Weil

*) *a Blechen* l. c. th. 67. & 70. — Klöntrup l. c.

**) v. Cramer Wetzl. Nebenst. a. a. O. — *a Blechen* l. c. th. 67. & 68. — Lange von der Gemeinschaft der Güter Hauptst. 8. §. 6. — *Puffendorf* Obs. Jur. univers. Th. 4. Observ. 19. §. 7. — Klöntrup l. c. §. 8. pag. 283. — *Westhues* de origine commun. bonor. §. 34. — Acta Osnabrugensia Th. 2. St. 2. p 124. — *Buchholz* in Disp. qua quæstio: an & quatenus parenti superstiti in communione bonorum universali, ... testari liceat? disceptatur. Giesæ 1772. Letzterer gesteht dem Ueberlebenden so gar vor der Schichtung die Disposition über die eine Hälfte des Vermögens zu.

„Weil die Abgeschichteten — sagt West-
„phal *) ihren Antheil an der Gemein-
„schaft schon erhalten, so können sie ihn
„freilich beim Absterben des Ascendenten nicht
„noch einmal verlangen.“

Die abgeschichteten Kinder sind gleichsam als Enterbte anzusehen und kann sie der abschichtende Vater oder Mutter zwar zu Erben einsetzen oder ihnen nachher — bei Lebzeiten sowohl, als durch eine Verordnung auf den Todesfall — etwas zulegen **); er braucht sie aber so wenig einzusetzen, als namentlich zu enterben, weil sie nachher gar keine Ansprüche machen und also auch keinen Pflichttheil fodern können ***).

„Macht

*) Im deutschen Privatrechte Th. 2. Abh. 46. §. 6. p. 50.

**) *a Blechen* l. c 69 Klöntrup a. a. O.

***) Klontrup loc. cit. § 8 — *a Blechen* l. c. th. 68 — Struben rechtl. Bedenk. Th. 4 Bed. 155. — *Gerding* de veris commun bonor. Limit. §. 4. — Lange Cap. 8. §. 10.

„Macht der Ascendent ein Testament —
„sagt Westphal *) und entscheidet damit
„den gegenwätigen Fall — so erben bloß
„die, welche ernannt sind, ohne daß die ab-
„getheilten Kinder weiter erwähnt zu werden
„brauchen, oder einen Pflichttheil zu fodern
„hätten."

§. 23.

Nur darüber haben einige Rechtslehrer Zweifel erhoben: ob, wenn nach der Abschichtung der überlebende Vater oder Mutter ein so beträchtliches Vermögen von neuen erworben, daß, wenn dies computirt wird, die abgeschichteten Kinder nicht einst die römische Legitimam erhalten, diese nicht wenigstens ad supplendam legitimam klagen können?

Allein wenn man erwägt, daß der Pflichttheil des römischen Rechts auf dies deutsche Institut gar nicht angewandt werden darf (s. oben §. 14.) so erledigt sich dadurch jener Zwei-

*) a. a O. §. 7. p. 51.

sel von selbst; auch ist derselbe sehr gründlich vom Oberappellationsrath von Puffendorf gehoben, dessen ganze Ausführung hierher zu setzen, ich mich nicht enthalten kann.

Effectus segregationis vel abdicationis Liberorum — sagt derselbe *) — is est, ut segregati liberi *pro exheredatis & mortuis habeantur*, nec parentibus amplius succedant, sed hereditas potius liberis secundi matrimonii solis obveniat, adeo ut eo quidem casu nec de inofficiose queri Doctores concedant **). De eo autem dubitatur, an *binubo parente sine prole* ex novo matrimonio mortuo, liberi legitimam vel supplementum ejus recte petant. Forte enim hereditas parentis medio tempore adaucta est, ut antea accepta dimidia pars legitimæ haud sufficiat. Et segregationis effectum eo Casu

*) In Obs. Jur. Univers. Tom. 3. obs. 10 pag. 36. sq.

**) *Mevius* ad Jus Lubec. P. 2. tit. 2. art. 33. nr. 129. — *Stein* Lub. Recht P. 2. lib. 2. tit. 1. §. 153. not.

Casu cessare defendit *Mevius*, sed contrariam Sententiam satis recte tuetur J. P. a. *Ludewig* *). Nam plane etsi Jure intestati Liberi a cognatis, imprimis remotioribus excludendi non sint, sed ut Cognati præ remotioribus admittantur, tamen dimidium communium bonorum parte *legitimam suam utique semel acceperunt*, cum communio bonorum efficit, ut accepta a parente binubo profecta intelligantur. *Neque igitur conveniens est, ut duplicem legitimam petant.*

Hoc æquitatis quoque rationem habet, quia nec Detrimentum nocet, ut acceptorum partem restituant Omnino igitur, qui legitimam bonorum partem acceperunt, duplicem petere nequeunt. Quibus consequens est, ut de reliquis bonis disponere parens pro lubitu possit**).

§. 24.

*) In den gel. Anzeigen T. 1. nr. 62.

**) s. auch *von Cramer*, Westphal und Klöntrup loc. cit. — *Coccejus* exerc. Vol. 1. Disput. 53. cap. 5. pag. 661.

§. 24.

Wenn indessen der überlebende Ehegatte, der mit seinen Kindern geschichtet hat, ohne unabgefundene Kinder, ohne einen zweiten Ehegatten nachgelassen, und ohne ein Testament oder sonstige Disposition über sein Vermögen gemacht zu haben, verstirbt; so beerben ihn die abgesonderten ab intestato als nächste Verwandte. Sie sind hier aber nicht als Kinder, sondern als nächste Verwandte oder Agnaten anzusehen und findet deshalb die sonst in Rechten bekannte Collation oder Einwerfung unter ihnen nicht statt *).

Eben so succedirt der Ascendent dem Abgefundenen, wenn letzterer ohne Kinder und Disposition verstirbt, als Verwandter, dem Unabgefundenen aber von wegen der Gemeinschaft **).

Die-

*) Westphal l. c. §. 7. — Klöntrup l. c. §. 9. pag. 290. — *Gerding* Dissert. cit. §. 4. — *Pufendorf* l. c. p. 37.

**) Westphal ibid. §. 9.

Dieser Umstand, daß nemlich die abgeschichteten Kinder in diesem Falle nicht als Kinder, sondern als nächste Verwandte oder Agnaten succediren, ist wichtig und bestätiget die Behauptung, daß sie in keinem Fall auf einen Pflichttheil Anspruch machen können. Durch die Abschichtung hören sie quoad effectum Juris auf, Kinder ihrer Eltern zu seyn.

§. 25.

Von dieser legalen observanzmäßigen gänzlichen Abschichtung, welche durch wirkliche Theilung des elterlichen Sammtvermögens geschieht, muß man indessen wohl unterscheiden, wenn einem oder andern Kinde bei seiner Verheirathung oder Instituirung einer separirten Oeconomie nach blosser Willkühr Einiges zu ihrer Unterstützung ausgekehrt wird. Dies kann, wie sich von selbst versteht, die Wirkung einer gehörigen Abschichtung nicht haben und müssen die Kinder, wenn jene nachher vorgenommen werden sollte, dasjenige, was sie auf solche Art erhalten haben conferiren*).

*) *Cocceji* l. c. pag. 660. — Runde l. c. §. 621.

§. 26.

Nach vorstehenden Rechtsgrundsätzen, welche hoffentlich sachkundiger Leser Beifall sich zu versprechen haben werden, entscheidet sich vorliegende Sache von selbst.

Der gemeinschaftliche Vater, Lucas Becker, hat im Jahre 1790, nach dem Tode seiner Ehefrau, das mit derselben besessene Sammtvermögen, auf eigenes Andringen und Verlangen seiner Kinder — mithin um so gewisser mit deren guten Bewilligung — mit denselben grade zur Hälfte getheilet und den seinen Kindern observanzmäßig gebührenden Antheil, Kindesquote oder Legitima (wie man es nennen will) ihnen baar herausgekehrt.

Anl. sub. Lit. A.

Dieser Abschichtung ist ein von dem Vater aufs genaueste errichtetes, mittelst wirklichen Eides von ihm als richtig bekräftigtes und von sämmtlichen Kindern — mithin sowohl von dem Hofrath Erpenbeck, als dessen Ehe-

Ehegattin — durch ihre eigene Unterschrift als richtig anerkanntes Inventarium zum Grunde gelegt (ibid.) und sämmtliche Kinder haben über den richtigen Empfang ihrer Kindesquote oder Legitima aus dem Sammtvermögen quitirt (ibid.).

Durch diese vim transactus habende Schichtung hat sich also der verstorbene Vater mit seinen Kindern völlig auseinander gesezt und behielt über die ihm verbliebene Hälfte ein ganz freies Dispositionsrecht, ohne daß er verpflichtet war, seinen Kindern auch nur das Mindeste, vielweniger eine nochmalige Legitima zu hinterlassen (s. oben §. 21. 22. 23.)

Von diesem seinem Rechte hat der Vater Gebrauch gemacht und in einem gerichtlichen Testamente seine übrigen Kinder, mit Ausschluß der Klägerinn, Marie Josephine Becker, verehelichten Erpenbeck, zu Universal-Erben eingesezt.

§. 27.

Diese Klägerinn hat aus dem befragten Vermögen die nach hier eintretenden deutschen

Rech-

ten ihr gebührende Kindesquote erhalten; sie prätendirt aber jetzt auch die römische Legitima, und weil sie darin nicht instituirt ist, so ficht sie das Testament als pflichtwidrig an. Sie will also nach deutschen und römischen Rechten in der nemlichen Vermögensmasse zugleich succediren. Aus dem nur eine einzige Masse constituirenden elterlichen Vermögen hat sie die nach deutschen Rechten ihr gebührende Abfindung, die deutsche Legitima erhalten; jetzt fordert sie aus dem nemlichen Vermögen den römischen Pflichttheil dabei, also aus dem identischen Vermögen zwei Pflichttheile! Das ist aber ein offenbarer Widerspruch

Contradictio est — sagt der Freiherr *von Cramer* *) petere legitimam & simul portionem filialem — Neque conveniens est, ut liberi duplicem Legitimam petant, sagt *Puffendorf*. **).

Selbst nach römischen Rechten kann ein Kind, das bei Lebzeiten seiner Eltern den Pflichttheil

*) In Obs. T. 6. P. 1. Obs. 1399. p. 60. —

**) T. 3. Obs. 10.

theil erhalten, das elterliche Testament, wenn es übergangen ist, nicht anfechten.

Non impugnare possunt liberi testamentum paternum ex causa præteritionis, si patre vivente legitimam vel dotem acceperint *).

Die gegenseitige Klage beruhet also auf einen offenbaren ganz unvereinbaren Widerspruch. Um so unbegreiflicher ist es, wie die Herren Tübinger ihr haben Beifall geben können; und wird es deshalb nur noch auf eine Prüfung der von ihnen mitgetheilten, in der Anlage C enthaltenen Entscheidungsgründe ankommen.

§. 28.

Der erste derselben besteht darinn:

Daß durch die zwischen den Lucas Becker und dessen Kindern geschehene Abtheilung des unter ihnen gemeinschaftlichen Vermögens zur Hälfte für jeden Theil, nur die bis-

*) Carpzov Def. for. P. 3. Const. 9. Defin. 10.

herige auf die Kinder von der verstorbenen Mutter übertragene Gütergemeinschaft aufgehoben worden.

und der zweite lautet wörtlich:

Da die Lucas Beckerschen Kinder von dem väterlichen Vermögen durch die befragte Schichtung nichts erhalten haben, und von dem Vater solchergestalt nicht abgefunden sind; so haben dieselbe dadurch gegen den Vater, wenn sie gleich durch diese Absonderung aus der väterlichen Gewalt getreten, und sui Juris geworden sind, das in den gemeinen Rechten gegründete Erbfolgerecht nicht verlohren, sondern vielmehr beibehalten.

die Hrn. Tübinger beziehen sich dabei auf des Freiherrn von Cramer Wetzl. Nebenst. Th. 9. nr. 1.

und

Pütters auserlesene Rechtsfälle. T. 2. resp. 210. n. 21.

In der That, so viele Worte in jenem Tübinger Entscheidungsgrunde enthalten sind, eben

eben so viele Irrthümer und Widersprüche finden sich darin.

Die Herren Tübinger nehmen die Gemeinschaft nach Theilen (Communionem in partes sive ratas) an, ungeachtet sie selbst vorher behauptet haben, daß der vorliegende Fall nicht nach einzelnen statutarischen, sondern nach allgemeinen Rechten der Gütergemeinschaft entschieden werden müsse (Anlage C.)

Nun aber ist nach diesen allgemeinen Gütergemeinschaftsgrundsätzen die Vermuthung für die Communion ohne Theile, wodurch das zusammengebrachte und erworbene Vermögen nur eine einzige Masse constituirt — wobei weder ein besonderer väterlicher noch mütterlicher Antheil oder patrimonium denkbar ist (s. oben §. 15.)

„Denn das Vermögen der Eheleu„te (sagt Lange Hauptst. 4. §. 14. pag. „113. sq.) heißt auf diesen Fall ein vermischt „und vermengtes Gut, an welchem kein „Ehegatte sich eine gewisse Portion besonders „zueignen kann, sondern was dem Mann ge„hört

„hört, das gehört auch der Frau und was der „Frau gehört, das gehört auch dem Mann. „Sie sind Condomini pro indiviso. Ich „kann also nicht sagen, die Strafe des Man„nes müsse von des Mannes Antheil, keines„weges aber von der Portion der Frau genom„men werden, anerwogen der Mann keinen „besondern Antheil hat, sondern allenthalben, „wo man zu des Mannes Vermögen greifet, „einem eine gleiche portio uxoris in die Hän„de fallen muß. Ganz anders verhält sich's „bei einer Societät. Jeder Socius kann seine „ratam in der gemeinschaftlichen Masse be„stimmen. Er kann sagen, mir gehört die „Hälfte, das Drittel, das Viertel ꝛc. An die„sem meinen Antheil kann mich mein Socius „durch seine Delicta und durch die ihm dieser„halb dictirte Strafen nicht verkürzen, son„dern wenn er solche ex massa communi be„zahlt; so ist er schuldig, sich deren Betrag „bei einer vorzunehmenden Abtheilung wieder „decourtiren zu lassen. Eine gleiche Sprache „kann aber ein deutscher Ehegatte nicht führen. „Er kann nicht sagen, daß ihm von dem ge-

„mein-

„schaftlichen Vermögen die Hälfte zuste„he, sondern das ganze Gut ist vermischt und „vermengt, und was daraus abgeht, geht „dem Unschuldigen so gut, als dem Schuldi„gen ab, ex ratione, weil er das Condomi„nium pro indiviso über das ganze Vermö„gen einmal zugestanden hat, & damnum, „quod quis sua culpa sentit, sentire non in„telligitur.“

§. 29.

Wenn man also mit den Hrn. Tübingern behaupten wollte:

daß durch die im J. 1790 geschehene Abschichtung und Theilung die Kinder nur den mütterlichen Theil des gemeinschaftlichen elterlichen Vermögens erhalten haben, und daher vom väterlichen noch nicht abgefunden seyen, indem der mütterliche Theil schon durch den Tod der Mutter vermöge der *communionis bonorum prorogatæ* auf die Kinder gefallen sey.

so würde dies wider die ersten Grundsätze der allgemeinen deutschen Gütergemeinschaft offenbar anstoßen. Denn es würde dies nothwendig voraussetzen, daß es auch bei der Gütergemeinschaft ein eigenes mütterliches und ein eigenes väterliches Vermögen gebe, und das ist der Fall nicht. Beide Eheleute werden in Ansehung des gemeinschaftlichen Vermögens nur als eine einzige moralische Person angesehen. Der Mann ist Eigenthümer des ganzen, und eben so die Frau. Beiden gehört das ganze Vermögen als eine einzige Masse, ohne daß der eine oder andere grade an einen bestimmten Theil Anspruch machen könnte.

Dieser einzige Umstand zeigt den völligen Ungrund des von den Hrn. Tübingern ihrer Entscheidung untergelegten Satzes. Denn wenn es bei der Gütergemeinschaft überhaupt gar kein eigentlich mütterliches Vermögen, gar keinen bestimmten mütterlichen Antheil an dem Vermögen giebt, so ist es auch gar nicht möglich, daß durch den Tod der Mutter ein bestimmter mütterlicher Antheil auf die Kinder

gefal-

gefallen seyn könne. Was nicht existirt kann niemand erwerben. Wo gar kein mütterlicher Antheil, gar kein mütterliches Vermögen existirt, ist auch ein Anfall oder Auskehrung desselben, eine Abfindung davon ohne Widerspruch nicht denkbar.

Der weitere Fortgang in dieser Untersuchung wird dies noch evidenter ergeben.

§. 30.

Wenn man nemlich auch annimmt, daß nach dem Tode des einen Ehegatten (der Mutter z. B.) der überlebende (der Vater) die Gütergemeinschaft mit seinen Kindern fortsetze, d. h., wenn man auch eine Communionem bonorum prorogatam inter superstitem & liberos annimmt, so manche Gründe auch in neuern Zeiten dawider angeführt worden *), so liegt es doch schon in der Sache selbst

*) Diese Gründe finden sich zusammengestellt in des Doctors Klöntrup Beitrag zur Revision von der Lehre von der Gemeinschaft der Güter. Ab-

selbst, daß diese fortgesetzte Gütergemeinschaft keine andere Natur und Eigenschaften haben kann,

Abschn. 6. §. 5. 11. und in dessen Handbuche der besondern Rechte und Gewohnheiten des Hochstifts Osnabrück Th. 2. pag. 65. 66. sq. Sie sind kurz folgende: weil

1) es ausser Streit ist, daß die Kinder nach erlangter Großjährigkeit oder eingerichteter besonderer Haushaltung für sich selbst erwerben und daß folglich ihre und der Eltern Güter in keiner Gemeinschaft sind; weil

2) die Kinder selbst, wenn sie großjährig sind, an der Administration des Vermögens keinen Antheil nehmen und ihnen die Eltern ausser der Erziehung und dem Unterhalte bis dahin, daß sie sich denselben selbst verschaffen können, zu nichts verbunden sind; folglich mit den Gütern nach Gefallen handeln und solche versetzen und verkaufen können, ohne daß die Kinder dagegen einen gegründeten Widerspruch (den Fall der Verschwendung allein ausgenommen) machen können; weil

3) den Kindern nach dem Tode des einen Ehegatten nicht eher ein Vormund gesetzt wird, bis der Ueberlebende zur zweiten Ehe schreitet

kann, als die ursprünglich zwischen den Eltern bestandene Gemeinschaft, von der jene eine

und selbst die überlebende Mutter (ohne daß sie als Vormünderin bestätiget wird, oder der zweiten Ehe und dem Scto Vellejano zu entsagen braucht) eben so über das ganze Vermögen disponiren kann, wie es der Vater an ihrer Stelle thun würde; weil

4) die Schulden der Kinder, die sie vor ihrer Abschichtung, aber nach erlangter Großjährigkeit oder eingerichtetem besondern Haushalt gemacht haben, bei ihrer Abschichtung nicht gleich den Schulden der Eltern in Anschlag gebracht werden, und überhaupt diese Schulden das Vermögen nicht afficiren, wie sie doch thun müßten, wenn das Vermögen gemeinschaftlich wäre, weil ferner,

5) wenn sich die Kinder verheurathen und demnächst vor ihrer Abschichtung ohne Leibes-Erben sterben, ihre nachgebliebene Ehegatten, mit den sie doch in Gemeinschaft der Güter lebten, ausser dem angebrachten Brautschatze (wovon der dritte Theil als Recadenz zurückfällt) keinen Anspruch auf das Vermögen der Eltern haben, welches sie doch haben würden, wenn der verstorbene Ehegatte mit seinen El-

Fortsetzung ist, d. h., daß die zwischen den Eltern bestandene Gütergemeinschaft auf keine andere Art prorogirt werden könne, als sie zwischen den Eltern selbst bestanden ist.

Auch bei der zwischen dem überlebenden Ehegatten und dessen Kindern prorogirten Gütergemeinschaft bleibt also nur eine einzige Masse, ein einziges Sammtvermögen, woran die Kinder gar keinen besonderen Antheil haben. Man kann nicht sagen: daß der Antheil der verstorbenen Mutter auf die Kinder gefallen sey; denn die Mutter selbst hatte gar keinen besondern

be-

tern gleichfalls in Gemeinschaft der Güter gelebt hätte; weil endlich

6) wenn die überlebenden Ehegatten in Schulden versterben, die Kinder nicht gehalten sind, die verschuldete Erbschaft anzutreten, welches sie füglich nicht ablehnen könnten, wenn man zwischen ihnen und den Eltern eine fortgesetzte Gemeinschaft der Güter fingiren wollte. Denn hätte diese statt gefunden, so wären auch die Schulden schon vorher gemeinschaftlich und in effectu die Kinder schon vorher Mitschuldner gewesen.

bestimmten Antheil an dem gemeinschaftlichen Vermögen, und was sie selbst nicht hatte, konnte sie auch nicht auf ihre Kinder transferiren. Der überlebende Ehegatte und dessen Kinder sind Eigenthümer des Ganzen pro indiviso und so, daß keinem derselben ein besonderer Theil gehört.

Dies ist um so unverkennbarer, da selbst diejenigen Rechtslehrer, welche die prorogirte Gütergemeinschaft in vollem Maaße annehmen, doch den überlebenden Ehegatten als Eigenthümer des ganzen Vermögens ansehen und ihm ein ziemlich unbedingtes Dispositions- und Administrationsrecht zugestehen.

Alterutro conjuge relictis liberis defuncto, communio bonorum, inter hos & superstitem conjugem, nisi quoad lege vel pacto aliud provisum, continuatur: superstiti Conjugi vero dispositio de bonis communibus una cum eorundem usufructu sub iisdem obligationibus competit, sub quibus bona in Communionem

sunt

sunt deducta. Quod enim defuncto Conjugi in bonis indivisis pro rata competierat condominium, in liberos jure germanico devolvitur. Ac proinde cum & superstiti conjugi in eisdem bonis pro indiviso adhuc competat condominium, illi cum superstite in earundem bonorum Communione sunt. Hujus vestigia sunt in jure provinciali alemanico: Sti bet einer Frauen ihr Mann, sie bleibet in des Mannes Gut ungetheilet mit ihren Kindern *).

Des-

*) *Bæhmer* in elect. jur. civil. P. 3. Exerc. 17. §. 17. pag. 28. sq Es ist der Mühe werth, einige der von diesem Schriftsteller angeführten Statuten selbst reden zu hören. So heißt es in den Statuten der Stadt Mühlhausen: „Kommen zwei Personen ohne Kinder zusammen in rechter Ehe und erzeugen in derselben Ehe Kinder miteinander, stirbt alsdann „derselben Eheleuten eins, so behält der überlebende die väter- oder mütterliche Gewalt „über die miteinander erzeugten Kinder und „bleibet nach Anweise unten gesetzter Willkühr

Deshalb tragen auch *Veracius* **) *Ludewig* ***) und *Bodinus* ****) kein Bedenken, das

„Führ ein Herr aller Güter, welche sie beide nach der Einsegnung oder priesterlichen Trau„ung und beschrittenem Ehebette mit einan„der zusammen gebracht, erworben, ererbet, „und besessen haben.“ Die Statuten der Stadt Schweinfurt lauten: „Wenn zwei Ehe„leute in Stand der Ehe Kinder miteinander „zeugen, oder per unionem prolium anneh„nehmen, so sind dadurch alle derselben Haab „und Güter, liegend und fahrend, besucht „und unbesucht, auch Heirathgut und Ge„gengeld, ganz und gar nichts ausgenommen „wo nicht diesfals absonderliche Bedingung „geschehen, durch welche solches verhütet „worden, ein gemein Gut und sind beide Ehe„leute dadurch mit einander vererbet. Dero„halben da der Eheleute eins mit Tode abge„het und das überbleibende sich anderweit „nicht wieder verheirathet, so bleibet es in „allen Gütern sitzen, hat dieselbe, seinem Ge„fallen nach, zu gebrauchen und zu genießen, „auch damit zu thun und zu lass n, als mit sei„nem eigenen Gut, ohne Verhinderung män„niglichs, und haben die Kinder an des ver„storbenen Vaters oder Mutter Gut keinen „be=

das Recht des überlebenden Ehegatten auf das beiden Ehegatten *in Communione* zugestandene

Sammt-

„benannten Theil, so lang und viel, bis die „Theilung von dem überlebenden Ehegenossen „bewirkt oder angeboten ist." Die Fuldschen Statuten: „Wenn ein oder mehr Kinder bei „Absterben eines Ehegatten vorhanden, so wä„re es zwar andem, daß man von des Ver„storbenen Verlassenschaft zu Nutzen der Kin„der etwas zu melden hätte, nachdem aber „ein anders und zwar dieses bis anhero obser„viret worden, daß ein Vater oder Mutter, „so lange sie in dem Wittibstand verharret, „sich das Ganze zugeeignet, damit, als dem „seinigen, schaltet und waltet, als lässet „man es, in so lang nicht verschwenderisch da„mit gehuset wird, dann die Obrigkeit solchen„falls Einsehens darinn zu thun hätte, da„bei bewenden." Und in einem Statute der Stadt Minden heißt es: „Wir nicht anders „wissen noch attestiren können, daß jemalen „ein anders in dieser Stadt Minden herge„bracht, als das eine Wittwe in währenden „Wittwenstande propter Communionem bono„rum, statutis nostris introductam, die völlige „Verwaltung, *tam quoad proprietatem, quam* „*usum fructum privative* behalte und die „durante viduitate gemachte Schulden aus de-

„nen

Sammtvermögen, ein *Dominium omnium bonorum* zu nennen.

§. 31.

„nen gemeinen Gütern bezahlt werden müssen, „auch denen Kindern keine *Legitima* eher „als wenn die Mutter zur andern Ehe ge„schritten (da alsdenn der *aditus ad peten„dam Legitimam* eröffnet und die Halbschied „der Güter, wie sie *tempore secundarum nup„tiarum* beschaffen gewesen, denen Kindern „erster Ehe aus= und verabfolget werden „muß) gebühre, allermassen solches nicht al„lein unsern statutis nach, ihrem gesunden „Wortverstande gemäß, sondern auch je und „alle Wege allhier in dieser Stadt Minden, „ab immemoriali tempore, bis in den heutigen „Tag also in praxi observiret und hergebracht „worden" Beim Böhmer l. c. §. 28. not. h. pag. 54. sq.

**) In Conf. *Bamb.* P. 2. qu. 1 & 2. inter Script. *Bamb.* — *Ludewig* T. 1. pag. 459.

***) De Successſ. Conjug. & Diſſort. liber. in app. pag. 55.

****) In Diſſert. de Differentiis juris Communis & statutarii reipublic. Mindens. §. 32.

§. 31.

Aus diesen Grundsätzen fließt unmittelbar, daß, wenn demnächst der überlebende Ehegatte, der Vater, aus diesem gemeinschaftlichen nur eine einzige Masse constituirenden Vermögen seine Kinder abfindet, mithin ihnen die Hälfte herausgiebt, dies keine Abfindung von dem Mütterlichen, keine Auskehrung des Antheils der verstorbenen Mutter seyn könne, denn ein solcher besonderer mütterlicher Antheil hat niemals existirt (s. oben §. 15.), sondern daß es eine Abschichtung von dem ganzen elterlichen Vermögen, sowohl von dem väterlichen als dem mütterlichen — als welche nur eine einzige Masse, ein einziges Vermögen constituiren — seyn müsse.

Es liegt dies so unverkennbar in der Natur der Sache, daß, wer die Vordersätze zugesteht, auch diese Folgerung unbedingt gelten lassen muß. Denn da, wo nur eine einzige Masse, ein einziges Vermögen existirt, muß eine Abfindung aus dieser — eine Einheit ausmachen.

machenden — Masse auch eine Abfindung vom Ganzen seyn. Der die Mutter überlebende Vater ist Eigenthümer des Ganzen, nicht der Hälfte; denn es existiren keine besondere Theile bei der Gemeinschaft; und wenn er also die Kinder daraus abschichtet, so ist dies eine Abschichtung von seinem Eigenthum, d. h., wenn er den Kindern die Hälfte des Sammtvermögens herausgiebt, so ist dies eine Abfindung sowohl vom väterlichen als mütterlichen Vermögen, da Beides nur eine einzige Masse ist, woran keiner einen besondern Antheil hatte. „Denn (könnte man mit Lange l. c. pag. 114. sagen) wo der Vater den Kindern den mütterlichen Antheil herausgiebt, fällt ihnen der väterliche zugleich mit in die Hände, weil beide vermischt und vermengt sind."

Quandoquidem vero (sagt G. L. Böhmer *) omnia bona, tam præmortui, quam superstitis Conjugis in communione bonorum cum liberis continuata fuerunt: eadem

*) In elect. jur. civ. l. c. §. 28. pag. 53.

eadem omnia quoque in Divisionem deducenda esse apparet. Paterna itaque & materna bona dividi decernit statutum hildesiense sub Rubro: wenn Kinder erster Ehe bevormündet und abgeleget worden, Verbis: und sie damit von väter- und mütterlichen Gütern gänzlich abtheilen, nec non: den ganzen Nachlaß mit den Kindern theilen: item paulo post: Wenn nun die Eltern ihre Kinder von väter- und mütterlichen Gütern ablegen *).

Die Richtigkeit dieses Satzes ergiebt sich auch daraus: daß bei der Theilung zwischen dem letztlebenden Ehegatten und dessen Kindern nicht der Bestand des Sammtvermögens, wie

*) Idem sancit Statutum Hamburgense p. III. tit. III. art. III. in verbis: soll er ein beständig Inventarium aller seiner Güter übergeben und seinen Kindern erster Ehe den halben Theil, oder da nur ein Kind vorhanden, denselben den dritten Theil der Güter zu gänzlicher Abtheilung väterlicher und mütterlicher Güter versprechen und geben. Conspirat statutum Luneburgense p. VI. tit. I ut alia prætereamus.

wie er zu der Zeit war, als der eine Ehegatte starb, zum Grunde gelegt wird, sondern vielmehr der Bestand dieses Vermögens, wie er zur Zeit der Schichtung ist *). Denn wenn den Kindern gleich nach dem Tode des einen Ehegatten die reine Hälfte des damals vorhandenen Sammtvermögens wirklich angefallen wäre, so würden sie auch auf die Auskehrung dieser Hälfte, wie sie tempore mortis war, bestehen können. Das ist aber der Fall nicht, sondern das Sammtvermögen wird getheilt nach demjenigen Bestande, worin es sich zu der Zeit, wenn die Theilung vorgenommen wird, befindet.

Bodinus **) drückt sich darüber sehr bestimmt aus, wenn er lehrt:

Se-

*) *G. L. Böhmer* in elect. l. c. §. 28. p. 53. sq *Pestel* in Disquis. jur. germ. de Successione inter Conjug. ab intest. Cap. 1. §. 7. — *J. H. Bæhmer* Consult. & Decision. T. 2. P. 2. resp. 863. nr. 27. 28. & resp. 867. nr. 9.

**) In Dissert. de Differ. jur. Commun. & statut. circa delat. hered. ab intest. §. 10.

Semissem bonorum, quæ liberis obvenit, *sustinere vices legitimæ tam paternæ quam maternæ*, ejusque in computatione spectandum tempus transitus ad secunda Vota. Secus ac de jure communi, quo viventium nulla est hæreditas, & in computanda Legitima tempus mortis utriusque parentis separatim spectari oportet, sicuti etiam mortui parentis nulla legitima, donec superstes ad secunda Vota transiliat.

Es ist dieser Satz so unverkennbar in der Natur der Sache gegründet, daß, wenn man ein Anders annehmen wollte, dadurch die Lehre der prorogirten Gütergemeinschaft ganz über den Haufen geworfen werden würde. **Denn wenn den Kindern durch den Tod des einen Ehegatten ein bestimmter Theil des Sammtvermögens anheim gefallen wäre, so hörte ja eben dadurch die Gemeinschaft auf.**

§. 32.

Der Ursprung der ganzen Irrlehre, wodurch der oben im Anfange des §. 29. erwähnte

te Einwurf entstanden, ist in der verkehrten Anwendung des römischen Rechts auf ein durchaus deutsches Institut zu suchen, rührt daher, daß man auf die deutsche Gütergemeinschaft die Grundsätze der römischen Societät anwendet, daß man ganz wider die Natur der Sache annimmt: jedem der beiden Ehegatten gehöre ein bestimmter Theil des Vermögens, der Mann sey Eigenthümer der einen Hälfte und die Frau der andern Hälfte.

Streitet nun aber diese letzte Behauptung mit der Natur der deutschen Gütergemeinschaft durchaus, so wird dadurch auch jener Einwurf von selbst entkräftet.

Just Henning Böhmer hat dies so deutlich und ausführlich gezeigt und dabei die von Lauterbach und einigen andern Romanisten ganz verkehrt auf die deutsche Gütergemeinschaft übertragene Grundsätze des römischen Rechts so gründlich widerlegt *), daß ich dessen Anführung hier gern inserirte, wenn ich nicht besorgte dadurch zu weitläuftig zu werden. Gewiß darf

*) Exercit. ad pend. T. 4. ex. 70. de commun. æris alieni inter conjug. Hamburg. a. §. 7. - 18.

darf ich erwarten, daß die gründliche Ausführung eines nicht ohne Grund in vorzüglichem Ansehen stehenden Rechtslehrers auf die Entscheidung einer Rechtsfrage einigen Einfluß haben werde.

§. 33.

Und was sagen denn nun die von den Hrn. Tübingern allegirte v. Cramer und Pütter zu dem Satze zu dessen Bestärkung sie angeführt werden? diese Männer, welche die Herrn Tübinger statt aller Gründe zur Unterstützung ihrer Behauptung dahin gestellt haben, und worin wir also doch wohl die Gründe ihrer Irrlehre suchen sollen?

Wie? wenn auch diese grade das Gegentheil sagten?

Der Freiherr von Cramer stellt selbst (alleg. loc. § 3. pag. 4.) die speciem facti des von ihm erörterten Falls folgendermaßen auf:

Die Sache der Ritterhausischen Kinder ctra von Merzenfeld beruhete darin: das in vim einer

einer zwischen der Mutter oder Rittershausischen Wittwe und ihren Kindern vorgegangenen Grundtheilnng, von jener zum Faveur eines extranei, mit Ausschliessung ihrer Kinder, ein Testament gemacht, welches für gültig per Sententiam Cameralem erklärt worden. Und gegen diese Urtheil hatten die übergangenen Kinder das Remedium restitutionis in integrum eingewandt.

Es läßt sich nicht leugnen, daß dieser Fall mit dem vorliegenden ganz gleich sey. In beiden nemlich hat der überlebende Ehegatte ein Testament gemacht und sind darin abgeschichtete Kinder übergangen.

Wie erkannte nun das höchste Kaiserliche Reichskammergericht in jenem Falle?

Es bestätigte die vorige Urtel, worin das Testament für gültig erklärt worden, *pure* und verurtheilte die Kinder in die Kosten (Cramer a. a. O. §. 11. p. 14.)

Und auf diese Entscheidung berufen sich die Herren Tübinger? — Sie, die das Testament des überlebenden Ehegatten für ungültig erklären, berufen sich zur Motivirung ihres Erkenntnisses auf eine Entscheidung des Kaiserlichen Kammergerichts, worin, in einem gleichen Falle, das Testament für gültig erklärt worden? — Das ist in der That sehr sonderbar.

Die vom Freiherrn von Cramer (ibid.) §. 12. pag. 15. 16.) mitgetheilten Entscheidungsgründe setzen die Sache in ein noch weit helleres Licht.

„Gleichwie nun hier die Mutter (sagt derselbe) nach erfolgter Grundtheilung und „als denen Kindern in Conformität fränkischer Rechte die zwei Drittheile des Gesammtguts überlassen waren, eine weitere *legitimam* denen Kindern zu lassen „nicht verpflichtet; sonsten aber, daß „wenn dieselbe ohne Testament verstorben „wäre, sämmtliche Kläger derselben ab „intestato succediret haben würden, Rech-

„tens

„kens zu seyn erkannt worden. — Also „ist hierdurch festgesetzt, daß

„1) eine Grundtheilung das Jus sangui-„nis & agnitionis nicht aufhebe.

„2) aber Veräußerungen und *testa-„menti factio* statt haben.

Hier hat also das Höchste Kaiserliche Kammergericht nach den nämlichen Grundsätzen erkannt, die oben (§. 21. 22. 23. und 24.) aufgestellt worden und die auch in vorliegender Sache die Entscheidung von selbst an die Hand geben.

Dem Freiherrn von Cramer eine andere Meinung andichten zu wollen, ist auch um so fruchtloser, da derselbe noch an mehrern andern Stellen, wo er von der deutschen Gütergemeinschaft handelt, immer auf diese nemlichen richtigen Grundsätze zurückkömmt.

So heißt es im 3ten Theil Abh. 7. §. 1. pag. 10. der Wetzl. Nebenst.

„Nach den Gebräuchen der mehresten Orte,
„wo die Communio bonorum inter conjuges hergebracht ist, fällt post mortem unius
„conjugis, wenn Kinder erster Ehe vorhanden sind, die Halbscheid gesammter sub
„Communione gewesener Güter gedachten
„Kindern erster Ehe quoad plenissimum
„Dominium & usumfructum zu, mithin,
„wann schon an einigen Orten, so lang als
„die Wittib oder Wittwer in viduitate
„bleibt, einige Grundtheilung nicht pflegt
„erfordert zu werden; so ist doch, sobald
„der überlebende Theil ad secunda vota
„schreiten will, allenthalben nöthig, daß die
„Abtheilung zwischen selbigen und den Kindern erster Ehe vor allen vorgehe, quo
„prævio denen Kindern, oder derselben
„Vormündern ihre Halbscheid ausgefolget,
„die andere Halbscheid aber dem binubo,
„welcher sie in secundum thorum einbringen, oder darüber nach Gefallen disponiren kann, überlassen wird."

und Th. 56. Abh. 8. § 2. ibid.

„Es ist außer allem Zweifel, daß Kinder

„voriger Ehe, wenn sie abgetheilt und ab„gefunden sind, zur Nachlassenschaft ihrer „zur zweiten Ehe schreitenden Eltern keinen „Anspruch und Forderung machen können."

Ferner §. 3. p. 92. ibid.

„so gewiß es hieraus erhellet, daß die se„parirten Vorkinder kein Recht auf des le„benden Vaters oder Mutter Nachlassen„schaft proportione virili post separatio„nem machen können u. s. w.

Nach den besondern Hildesheimischen Stadtrechten gebührt der Wittwe, wenn sie mit den Kindern theilt, nur Kindestheil; und auch darüber gesteht der Freiherr von Cramer *) ihr das unbeschränkte Dispositionsrecht zu.

Wie sehr derselbe überhaupt dagegen eifere, daß man die römischen Successions-Grundsätze auf die deutsche Gütergemeinschaft anwenden wolle, ist bereits oben (§. 20. in fine) gezeigt worden.

Die

*) Obs. T. 6. P. 1. Obs. 1405. pag. 65.

Die Herren Tübinger waren also ganz auf dem Irrwege, wenn sie auf den Freiherrn von Cramer zur Motivirung ihrer Entscheidung sich beriefen. Dies ihr eigenes Allegat untergräbt ihr Erkenntniß völlig. — Wenn ein Advocat so allegirte, würde er in Strafe genommen werden: was soll man aber von einer Juristenfacultät sagen, die nach fleißiger collegialischer Erwägung zur Motivirung ihres Erkenntnisses sich auf Rechtslehrer bezieht, die grade das Gegentheil behaupten?

§. 34.

Das zweite Tübinger Allegat passet noch weniger. Das dem Pütterschen responso (cit. loc. T. 2. P. 2. resp. 210.) zum Grunde liegende Factum ist kurz folgendes.

Harm Oeltjen lebte mit seiner Frau in Gemeinschaft der Güter und hatte drei Töchter. Bei Verheirathung der jüngsten schließt er mit derselben Bräutigam ohne Vorwissen seiner noch lebenden Ehefrau ein pactum dahin:

daß

daß er ihm sein ganzes Vermögen abtrit, ihn wirklich in den sofortigen Mitbesitz aufnimmt und ihm dabei nur auflegt, daß er nach der Eltern Absterben jeder seiner Schwägerinnen 200 Rthlr. auskehren solle.

Die älteren Töchter fochten dies von ihrem Vater mit einem dritten geschlossene pactum an, theils wegen der mangelnden Einwilligung ihrer Mutter, theils weil ihnen darinn nur 200 Rthlr. zugelgt worden waren.

Eine legale Abschichtung der beiden ältern Töchter war gar nicht geschehen. Vielleicht mogten sie bey ihrer Verheirathung eine nach blosser Willkühr bestimmte Mitgift erhalten haben — wiewohl auch davon aus der mitgetheilten Species facti nicht das Mindeste constirt — Dies ist aber für keine Abschichtung zu halten und hat auch deren Folgen nicht (s. oben §. 25.) Die ratio dubitandi wird beim Pütter (cit. loc. nr. 10.) ausdrücklich nur darin gesetzt:

Daß es nicht ungewöhnlich sey, daß ältere Kinder, indem sie heirathen, von der

El-

Eltern Güter gänzlich abgesondert und der=gestalt abgefunden werden, daß sie nachher nichts weiter zu begehren berechtigt sind.

Wenn nun gleich eine solche Abschichtung nicht ungewöhnlich ist; so kann sie doch, da sie in facto besteht, so wenig als jedes andere factum vermuthet, sondern muß erwiesen werden und ist deshalb die ratio decidendi ganz richtig (ibid. nr. 21.) darin gesetzt:

> Das hier von keiner solchen Absonderung der ältern Kinder, die ihnen ihr weiteres Erbrecht benommen hätte, in facto gegründete Spuren vorkommen.

Der Grund der Entscheidung in dem Pütterschen Falle beruhete also nicht darauf:

> daß abgeschichte Kinder, ausser der durch die Abschichtung nach deutschen Rechten erhaltenen Kindesquote, auch noch überdem aus dem elterlichen Vermögen die römische Legitimam fodern können,

sondern vielmehr darin:

> daß die Kinder gar nicht waren abgeschichtet worden.

Was

Was wollen also die Herren Tübinger damit hier? — Uebrigens geht die Püttersche Entscheidung dahin:

daß, in sofern das pactum ohne Einwilligung der Ehefrau geschlossen, dasselbe ungültig und die älteren Töchter den vollen Kindestheil, in sofern aber jene Einwilligung erweislich gemacht werden mögte, doch die Ergänzung ihres Pflichttheils zu fodern berechtigt seyen.

In sofern der geheime Justitzrath Pütter unter dem letztern Ausdruck die nach deutschen Gütergemeinschaftsgrundsätzen den Kindern competirende Hälfte des Vermögens oder (wenn man es so nennen will) die deutsche Legitima verstanden hat, ist gegen die Entscheidung durchaus nichts zu erinnern. In sofern aber derselbe darunter den römischen Pflichttheil verstanden haben mögte, dürfte es wohl zu tadeln seyn, daß derselbe auf ein bloß deutsches Institut römische, darauf nicht passende Grundsätze angewandt habe.

Wenn

Wenn man indessen auch einen Augenblick annehmen wollte, daß die Püttersche Entscheidung, welche unabgeschichtete Kinder voraussetzt, auf den vorliegenden Fall, wo von einem abgeschichteten Kinde die Rede ist, angewandt werden könnte; so würde doch selbst nach jener die Hofräthin Erpenbeck nur condictionem ad *supplendam* legitimam anstellen können.

Diese setzt aber natürlich voraus, daß sie die ihr gebührende deutsche Kindesquote noch nicht vollständig erhalten habe.

Nun constirt es aber aus den Acten, daß sie nicht nur diese, sondern auch sogar die römische Legitima vollständig erhalten habe; denn in vorliegendem Falle tritt die Quantität letzterer mit jener grade zusammen (s. oben §. 20.)

Wohin sollte also ihre Condictio ad supplendum gehen, da an ihrem gesetzlichen Antheile ihr nichts mehr fehlt?

§. 35.

Der dritte Tübinger Entscheidungsgrund enthält eine Schlußfolge ohne Vordersatz.

„Diesem zufolge also (heißt dieselbe) auch „die Vater Lucas Becker seine Tochter, „der Frau Hofräthin Erpenbeck testaments„weise von ihrem Erbfolgerechte nicht wei„ter, als bis auf den Pflichttheil ausschlies„sen konnte.“

Hier behaupten also die Herren Tübinger, daß der überlebende Ehegatte, der mit seinen Kindern geschichtet hat, aus der durch die Schichtung ihm angefallenen Hälfte seinen Kindern den Pflichttheil schuldig sey.

Daß dies aus dem vorhergehenden nicht folge, springt von selbst in die Augen; daß es ganz unrichtig sey, ergiebt die bisherige Ausführung von selbst.

Allein, die Herren Tübinger berufen sich auf *Schorch* resp. Erford. und Philipp Carl

Sche-

Scherers verworrene Lehre der Gütergemeinschaft Th. 1. Hauptst. 2. §. 168.

§. 36.

Beim Nachsehen dieses letztern Werks habe ich mich überzeugt, daß die Herren Tübinger dies allein eingesehen und ihre übrigen Allegate aus diesem sehr unsichern Führer blos abgeschrieben haben. Auch ich kann mich also darauf beschränken. Indessen ist wohl nichts gewisser, als daß die Herren Tübinger das ganze Scheretsche Werk nicht gelesen haben, sonst würden sie sich überzeugt haben, daß der Badensche Hofrath Scherer in dem allegirten §. 168. entweder von besondern Statuten rede, oder aber sich selbst widerlegt habe.

Ich kann keinen evidentern Beweis vorlegen, daß die schon auf dem Titel dieses Buchs angekündigte Verworrenheit auch in der Ausführung nicht vermißt werde, als wenn ich den Innhalt des allegirten und der folgenden §§phen kurz angebe.

Im §. 168. heißt es:

„Die Abtheilung des Sammtvermögens „zwischen dem letzlebenden Ehegatten und „seinen Kindern sey auch in ihrer Wirkung „verschieden. Ueberhaupt sey zwar der letzt„lebende sowohl als die Kinder von dem, „was jedem anfällt, alleiniger Eigenthü„mer, es könne auch jeder von Stund an „über seinen Antheil nach eigenem Gefallen „schalten und walten, ihn veräussern und „Veränderung damit vornehmen, und wenn „die Kinder beim überlebenden Vater in „Kost und Nahrung bleiben, so besitze die„ser ihren Antheil nur nutznieslich, den „seinigen aber eigenthümlich, dürfe aber „über die Güter der Kinder ohne ihrer „Vormünder Begnemigung nichts haupt„sächliches unternehmen, auch hebe die Ab„theilung in der Regel die Familien- und „Erbfolge-Rechte nicht auf, sondern wenn „der letztlebende stirbt, so erben die abge„theilten Kinder wieder denselben mit sei„nen (ihren) andern, nicht abgesonderten „Geschwistern, und wenn eins der Kinder,

„die

„die abgesondert sind, stirbt, so schließen „diese jenen nicht aus, sondern wenn das „abgetheilte Kind, keinen Leibeserben, noch „kinderlosen Ehegatten verläßt, so erbt der „letztlebende mit den Geschwistern, nach „dem hier eintretenden Erbfolge Rechte „wieder mit *), auch kann der letztlebende „solche Kinder und diese jenen testamentswei„se von ihrem Erbfolgerechte nicht weiter, „ als bis auf den Pflichttheil ausschließen."

Es läßt sich nicht einst mit Gewißheit aus dieser Stelle beurtheilen, ob der Verfasser den letzten Satz von abgefundenen oder unabgefundenen Kindern verstanden habe. Indessen hat es demselben nicht gefallen einen Grund für diese der Natur der Sache offenbar widerstreitende Behauptung anzuführen; und so ist es freilich nicht möglich sie zu widerlegen. Dies ist

*) Hier scheint sich die Verworrenheit auch dem Vortrage mitgetheilt zu haben. Daß indessen jene Behauptung nach allgemeinen Grundsätzen — abstrahirt von einzelnen Statuten — durchaus falsch sey, bedarf wohl keiner Ausführung. Conf. Westphal l. c. Abh. 46. §. 8.

ist aber auch ganz unnöthig, denn der Verfasser widerlegt sich selbst.

Gleich in dem folgenden 169sten §. kommt derselbe wieder auf den rechten Weg zurück, wenn er sagt:

Der Unterschied zwischen einer blossen Abtheilung des Sammtvermögens mit den Kindern oder ihrer blossen Absonderung aus der elterlichen Haushaltung mit mehr und minderer Aushülfe, und dann der gänzlichen Abfindung von ihren künftigen Ansprüchen, auf das Vermögen des letztlebenden Vaters oder Mutter, ist nicht nur beträchtlich, sondern auch die letztere, wegen bestehender allgemeinen Gütergemeinschaft in verschiedenen Landen ausdrücklich angenommen und verordnet.

Hier unterscheidet der Verfasser sehr richtig die bloße Beihülfe, die den Kindern bei ihrer Verheirathung oder Instituirung einer separirten Oeconomie gegeben ist, von der wirklichen

lichen Abschichtung, wie auch oben (§. 25.) geschehen ist und stellt leztere als die Folge der allgemeinen Gütergemeinschaft auf.

In dem 170sten §. aber fängt derselbe schon wieder an, sich zu verwickeln, und scheint mir dieser der eigentliche Siz der Scherenschen Irrlehre zu seyn.

Hier unterscheidet nemlich der Verfasser zwischen abgefundenen und nicht abgefundenen Kindern. Jene nennt er diejenigen, welche bei der Abschichtung mehr als die Hälfte des elterlichen Sammtvermögens erhalten (wie viel? darüber bleiben wir im Dunkeln) diese aber, welche grade die Hälfte erhalten haben. Jene sollen keinen weitern Pflichttheil prätendiren können, diese wohl.

Ich muß aufrichtig gestehen, daß mir von einer so auffallenden Erklärung noch nie etwas vorgekommen.

Ob die Kinder bei der Abschichtung mehr oder weniger, als die Hälfte prätendiren können,

be-

beruhet auf besonderen Statuten; wo es aber an diesen fehlt, ist die Regel für die Hälfte, welche ihren ganzen Kindestheil involvirt, (s. oben §. 19.) Scherer selbst hat dies in §. 162. weitläuftig ausgeführt. Hatte er dieses bei Niederschreibung des §. 170. schon wieder vergessen?

In fine des §. 168. führt derselbe folgende verschiedene Fälle auf, wo eine totale, alles weitere Erbrecht ausschliessende, Abschichtung anzunehmen sey;

1) wenn sämmtliche Paciscenten ihrem wechselseitigen Erbfolgerechte verzichten *),

2) der letztlebende den Kindern mehr giebt, als sie aus dem sammteigenthümlichen Vermögen eigentlich fodern können **), wenn:

3) die

*) Daß ein ausdrücklicher Verzicht durchaus nicht erforderlich sey, ist oben (§. 21.) gezeigt worden. Confer. etiam ibid. in not. cit. *Mevius* & *Klöntrup*.

**) d. h. mit andern Worten: wenn die Kinder mehr erhalten haben, als sie eigentlich zu fodern

3) die Kinder majorenn sind, oder
4) ihrer Vormünder Einwilligung hinzukommt, oder auch
5) dieselbe an betreffenden Orten ohne Eidesleistung für rechtsbeständig erklärt, oder
6) im Brauch sind.

Warum wird denn im §. 170 die totale Abschichtung auf den einzigen Fall beschränkt, wenn die Kinder mehr, als die Hälfte erhalten?

Vergebens sieht man sich hier nach dem Faden einer wohlthätigen Ariadne um, aus diesem Labyrinthe von Widersprüchen sich zu retten.

Vielmehr wird die Verwicklung noch immer vermehrt, je weiter man in dem Schererschen Werke zurückgeht.

Wenn

dern berechtigt sind; so können sie weiter nichts verlangen, wenn sie aber nur gerade so viel erhalten haben, als sie zu fodern berechtigt sind, so können sie noch ein Mehrers verlangen. Wer das zu erklären vermag, erit mihi magnus Apollo.

Wenn es möglich ist, bitte ich mit dem bisher angeführten dasjenige zu reimen, was derselbe in §. 140 mit folgenden Worten sagt:

„Bei Beantwortung der Frage, ob der letzt-„lebende Ehegatte oder Sammteigenthümer „seinen ehelich erzeugten Kindern ihr Erb-„folgerecht durch Testament oder andere letz-„te Willens-Ordnungen entziehen könne, „hat man billig auch auf die römische Rechte „Rücksicht genommen *), und da diese die „Gewalt der Eltern in solchen Fall auf den „Pflichttheil einschränken, dafern nicht ge-„setzliche Enterbungs-Ursachen vorhanden „sind, so hat man auch eben dies dahier zu „bemerken. Nur kann die weitere Frage „entstehen, ob dieser Pflichttheil nach dem „Betrag des dem letzlebenden zustehenden so-„lidarischen sammteigenthümlichen Vermö-

*) Omnium absurdorum absurdissimum est factum illorum, qui statuta ante Jus rom. in Germ. receptum, introducta & adhuc valida ad decempedem hujus Juris inflectere, imo evertere tentant. *v. Cramer* opusc. T. 3. ex. 5. & 8. pag. 154.

„gens oder aber nach dem, was diesem
„beim Wiederverheirathen des Letztlebenden
„nach dem Theilrechte zusteht, zu berechnen,
„ob nemlich die ganze Vermögensmasse, oder
„aber nur der Antheil des letzlebenden Ehe-
„gatten dabei zum Grunde gelegt werden
„müsse. Wenn man nun in Erwägung
„zieht, daß durch das einmal angenommene
„Repräsentationsrecht die Kinder theils ei-
„niges Miteigenthum von dem Verstorbenen
„her, theils ein Erbfolgerecht wenigstens
„in der Hoffnung überkommen haben, der
„Letztlebende aber ihnen solches Beides auf
„keine Weise wider ihren und der Obrig-
„keit Willen benehmen kann, so läßt sich
„das elterliche Vermögen, zum Nachtheil
„der Kinder zu testiren, auf denjenigen An-
„theil, auf den sie durch das Repräsentati-
„onsrecht einen Anspruch haben, nicht aus-
„dehnen, sondern dieser muß ihnen frei blei-
„ben, und wenn der Letztlebende ja zu
„testiren entschlossen ist, und einem
„Kinde mehr als dem andern zuwen-
„den, auch wohl eins derselben auf
sei-

„seinen Pflichttheil zurücksetzen will,
„so ist dieser Pflichttheil nach dem Be-
„trag des Sammtvermögens also zu
„berechnen, daß der Letztlebende je-
„dem Kinde den Antheil, den ihm
„die Gesetze auf den Fall die Güterge-
„meinschaft aufgehoben und das
„Sammtvermögen vertheilt würde,
„zu theilen, nicht benehmen kann,
„mithin dieser Antheil für den Pflicht-
„theil, wie auch einige Gesetze aus-
„drücklich erklåret haben, zu halten,
„was aber hiernach dem Letztlebenden
„aus dem Sammtvermögen zufällt,
„darüber hat er zu disponiren freye
„Macht und Gewalt."

Ich glaube Verzeihung zu verdienen, daß ich diese weitläuftige Stelle ganz extrahirt habe, da sie, in Beziehung auf die obenerwähnten Scharerschen Behauptungen, sehr merkwürdig ist.

Der Verfasser spricht zwar auch hier vom Pflichttheile, aber offenbar in der Bedeutung, wie

wie man denselben auch diesseits oben (§. 20.) erklärt hat, nemlich:

daß derselbe diejenige Quote befasse, welche in Gefolg der deutschen Gütergemeinschafts-Grundsätze den Kindern aus dem elterlichen Sammtvermögen gebührt, i. e. für sämmtliche Kinder die Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens.

Nur darin hat der Verfasser unrecht, daß er dies aus dem römischen Rechte herleitet und römische Berechnungs-Grundsätze darauf angewandt wissen will.

Uebrigens gesteht derselbe in dieser Stelle ganz unummwunden: daß der überlebende Ehegatte nur aus dem elterlichen Gesammtvermögen, nicht aber aus dem nach der Schichtung ihm angefallenen Antheil seinen Kindern einen Pflichttheil (Abfindungsquote) schuldig sey.

Nur dann, wenn man das Schererſche Werk aus dem wahren Gesichtspunkte betrachtet,

tet, wird es möglich seyn, in dieser chaotischen Verwirrung einige Aufklärung zu erhalten *). — Es enthält nemlich dasselbe eigentlich weiter nichts, als eine bunte Compilation sehr verschiedenartiger Statuten. Ueber diese, bis zu allgemeinen Grundsätzen scheint sich der Verfasser nicht erhoben zu haben. Bei jedem Sphen haben ihm besondere Statuten vorgeschwebt, die er auch gewöhnlich anführt. Sehr natürlich also, daß der Inhalt des einen Sphen oft mit dem andern im Widerspruche stehen müsse; die Schuld liegt nicht sowohl am Verfasser, als vielmehr an den Statuten, die freilich nicht an allen Orten miteinander übereinstimmen. Nur darinn hat derselbe gefehlt, daß er oft allgemein redet, wo doch offenbar nur ein oder anders besonderes Statut gemeint ist.

Sehr

*) In der Vorrede giebt Scherer an, seine Absicht gehe dahin; Die Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft mit ihren durch die Dazwischenkunft anderer deutschen und der römischen Rechte erlittenen Abweichungen und Modificatirnen darzustellen, d. h., die Sache gerade am verkehrten Ende angreifen! bei einem solchen Vorsatze läßt sich freilich nichts anders als ein Chaos erwarten.

Sehr auffallend zeigt sich dies in dem bereits oben extrahirten 170sten §phen, wo Scherer, nachdem er behauptet hat: daß abgefundene Kinder nur solche seyen, die mehr als die Hälfte erhalten, sich bloß auf die fränkische Landgerichtsordnung beruft und gleich hinzusetzt:

> wiewohl auch Andere schon die Abgabe der Hälfte für eine gänzliche Abfindung halten, z. B. die Stadtrechte zu Stolpe u. s. w.

Das richtigste Resultat, welches sich hieraus ergiebt, ist wohl dieses:

> daß die Herren Tübinger, welche es selbst voraussetzen, und feststellen, daß die vorliegende Sache nicht nach besondern Statuten, sondern nach allgemeinen Principien entschieden werden müsse (oben §. 13) auf das Scherersche Werk — welches überall nur ein Agregat besonderer Statuten ist — sich gar nicht hätten berufen sollen.

§. 37.

Wie wenig Grund die Herren Tübinger hatten, sich auf die Schererschen Allegate zu verlassen, ergiebt auch folgender besonderer Umstand sehr klar.

Schon in erster Instanz hatten Appellanten zur Begründung des ihrem Erblasser zustehenden Dispositionsrechts auf

Strubens rechtl. Bed. Th. 4. Bed. 155.

sich bezogen. Nicht wenig fiel es mir auf, zu sehen, daß Scherer zur Motivirung seiner Irrlehre die nemliche Stelle angeführt hatte. Das wäre in der That sonderbar, wenn Struben in dem nemlichen Bedenken zweien sich gerade widerstreitenden Behauptungen das Wort reden sollte.

Die Ueberschrift des allegirten Strubenschen Bedenkens lautet wörtlich:

In der Grafschaft Lippe gebührt dem überlebenden Ehegatten, wenn Kinder vorhanden, die Halbschied des sämmtlichen Vermögens, welches derselbe in die zweite Ehe bringen, wenn

und, wenn er unverheirathet bleibt, mittelst eines letztens Willens davon disponiren kann (ibid. pag. 380.)

Hierin scheint nicht viel Trost für die Schererſche Behauptung enthalten zu seyn und ich glaube um so mehr, daß aus der Ueberschrift ein richtiger Schluß auf den Inhalt des Bedenkens gemacht werden dürfe, da sie vom Verf. selbst herrührt und dieser doch wohl am besten wissen muß, wie er seinen Vortrag verstanden habe. Indessen wollen wir sehen, ob die in dem Bedenken enthaltene Entscheidung dem Herrn Hofrath Scherer günstiger sey. Sie lautet wörtlich, wie folget:

„Da die beigebrachte gerichtliche Zeugnisse und præjudicia ergeben, daß, wenn in der Grafschaft Lippe eine Wittwe zur zweiten Ehe schreitet, die Halbschied des mit dem verstorbenen Ehemann gemeinschaftlich besessenen Vermögens, sie in selbige zu bringen befugt ist, derjenigen, welche im Wittwenstande verbleibt, aber kein geringeres Recht an solcher Halb-

„schied

schied zusteht, mithin sie durch einen letzten Willen davon disponiren (nach Willkür Jemanden vermachen) kann, welche Disposition ein Kind um deweniger anfechten mag, wenn es nicht nur seinen Pflichttheil, sondern auch ein beträchtliches von der Mutter-Hälfte vermöge deren Testaments, überkömmt; so ist dasjenige, welches die Wittwe Deppen errichtet hat, zu recht beständig und selbigen gemäß (ibid. pag. 390. 391.)

Hier ist offenbar die *thesis* dahin festgesetzt:
daß der überlebende Ehegatte über die ihm competirende Hälfte, des Gesammtvermögens frei disponiren könne und seine Kinder darin zu instituiren nicht schuldig sey.

In hypothesi hätte freilich die Entscheidung nach jener *thesi* um so weniger Bedenken, da das die mütterliche Disposition anfechtende Kind nicht nur seinen Pflichttheil, sondern auch ein beträchtliches von der Mutter Hälfte erhalten hatte. Allein, dies gab in dem vorgelegten Falle einen Grund mehr zur Entscheidung

dung ab, hob aber darum die *thesis* nicht auf. Läßt sich nun wohl daraus folgern:

daß der überlebende Ehegatte auch aus der durch die Abschichtung ihn überkommenen Hälfte seinen Kindern den Pflichtheil nachlassen müsse?

Gewiß nicht. Und in der That muß es eine ganz besondere Logik seyn, die den Herrn Hofrath Scherer gelehrt hat, eine solche Schlußfolge sich zu erlauben.

Wäre es aber auch möglich, daß gegen die diesseitige Auslegung des Strubenschen Bedenkens der geringste Zweifel aufstossen könnte, so müßten doch auf jeden Fall die Ueberschrift desselben und die vielen pag. 388 und 389 ibid. angeführten Beispiele, wo die kinderlosen Ehegatten, mit gänzlicher Ausschliessung der leiblichen Eltern, einander sich wechselseitig beerbt haben, den Ausschlag geben.

Zwar konnte in den letztern Fällen nur vom elterlichen Pflichttheile die Rede seyn: allein

lein dieser wird ja selbst im römischen Rechte mit der legitima liberorum nach gleichen Grundsätzen beurtheilt *).

Uebrigens ist der Strubensche Fall um so merkwürdiger, da er feststellt:

daß die nicht zur zweiten Ehe schreitende Wittwe mit derjenigen, welche sich zum zweitenmale verheirathet, über die ihr zustehende Vermögenshälfte völlig gleiche Rechte habe.

Welches sich auch wohl umsomehr von selbst versteht, da die zweiten Ehen, zumal wenn aus erster Ehe Kinder vorhanden, gewöhnlich in Rechten nicht begünstigt sind, vielmehr darauf ein odium haftet **).

§. 38.

Ueberhaupt sind fast alle Rechtslehrer, die über diese Materie geschrieben, der diesseitigen Meinung; worüber ich leicht per inductionem den

*) Nov. 18. Cap. 1. — *Mevius* Part. 7. Dec. 19. nr. 5.
**) Confer. Hoffmann deuts. Erbrecht pag. 718. seq. — Runde deutsch. Privatrecht §. 612.

den Beweis führen könnte. Einige wenige unter ihnen giebt es freilich, die zur entgegen gesetzten Meinung übergegangen sind. Aber dies sind nur solche, welche auch bei der Erörterung deutscher Rechtsinstitute von den durch das römische Recht eingesogenen Grundsätzen sich nicht losmachen können, welche die sonderbare und — wie J. H. Böhmer *) sie nennt — *inconcinnam* interpretationem angenommen haben, daß alle deutsche Rechtsinstitute stricte und so erklärt werden sollen, wie sie am wenigsten von dem — hierher gar nicht gehörigen — römischen Rechte abweichen.

Schon in der bisherigen Ausführung sind viele hierher gehörige Stellen der bewährtesten Rechtslehrer allegirt, denen ich hier nur noch einige beifügen will.

§. 39.

Lange, dessen Werk über die Gemeinschaft der Güter gewiß zu den classischen in dieser Materie gehört, hat mit vielen Gründen die

*) Exerc. ad Pand. T. 4. exerc. 70. §. 8.

die diesseitige Behauptung verfochten und mit eben so grosser Mühe als Gründlichkeit die Unanwendbarkeit römischer Grundsätze auf dies deutsche Institut gezeigt.

Nachdem derselbe Cap. 7. §. 10. & 11. weitläufig ausgeführt hat, daß in stehender Ehe kein Ehegatte für sich allein über das gemeinschaftliche Vermögen, auch nicht über einen Theil desselben testiren könne und §. 12. ibid. einige Ausnahmen von dieser Regel festgesetzt hat, fährt er (pag. 185.) folgendermassen fort:

„Es glauben zwar einige in der legitima „parentum und in den legatis ad pias „Causas noch zwei bündige Ausnahmen zu „finden. Was die legitimam betrift, so „schreibt *Carpzov*. P. 3. Const. 12. Def. „3. & 9. Sicuti statutum generaliter dis„ponens parentum legitimam non exclu„dat, ita nec pacta dotalia verbis indefi„nitis concepta" „Allein so wenig sich ein „Schluß a Casu Statuti ad Casum pacti „machen ließe, so wenig ist der Vordersatz „rich-

„richtig. Denn in diesem Falle werden die „römischen Rechte, als der Ursprung der „legitimæ, auf die Grundsätze des deutschen „Rechts auf eine ungereimte Art applicirt. „Und wenn die Eltern zu der Communione „bonorum universali einmal ihren Con„sens gegeben haben, so ist zu vermuthen, „daß sie solchen auf eine dem jure patrio „gemäße Art ertheilen wollen."

Cap. 8. §. 8. pag. 249. nr. 2. heißt es: „Kraft dieser Abtheilung (zwischen dem über„lebenden Ehegatten und dessen Kinder) hat „kein Kind an seiner ad secunda vota ge„schrittenen Eltern Verlassenschaft mehr ei„nigen Anspruch zu machen."

Ibid. §. 9. pag. 253. 254. 255. ist die Sache sehr deutlich auseinandergesetzt und durch ein Beyspiel erläutert.

Ibid. §. 10. sagt derselbe:

„die Wirkung der pro regula festgesetzten „halbscheidigen Abtheilung besteht darinn, „daß, sobald solche geschehen, die Eltern „und Kinder alles sich acquiriren und keins

dem

„dem andern einige alimenta zu reichen, „noch bei Lebzeiten oder nach dem Tode et„was zu hinterlassen gezwungen werden „könne."

§. 40.

Daß Georg Ludwig Böhmer unbedingt der nemlichen Meinung beipflichte, ergebt schon aus demjenigen, was oben aus den electis Jur. civil. extrahirt worden.

In der oft angezogenen exerc. 17. T. 3. §. 16. hat derselbe weitläuftig ausgeführt: daß bei der Gütergemeinschaft von der römischen Legitima gar keine Rede seyn könne. Und an einer andern Stelle (T. 2. exerc. 12. de restricta de bonis suis in favorem secundi Conjugis disponendi facultate §. 19. pag. 575.) wo der Verfasser von der leg. 6. hac edictali C. de sec. nuptiis gehandelt hat, und nun auf die eheliche Gütergemeinschaft kommt, sagt derselbe folgendes:

Principia superiori §. proposita producimus ad speciem, qua inter conjuges ex Jure germanico obtinet Communio bo-

norum. Quæcunque vi Communionis bonorum legalis ex bonis binubi ad secundum Conjugem proficiscuntur, ad illa non pertinet lex hac edictali: quæcunque vero non vi Communionis bonorum, sed ex liberaliori dispositione binubi in secundum conjugem conferuntur, eadem æstimanda sunt ex Sanctione Juris communis. Si sumas, Communionem bonorum inter conjuges absolutam, per hanc bona omnia utriusque conjugis communia ita efficiuntur, ut nec morte unius Conjugis Communio dissolvatur sed inter superstitem & inter liberos continuata perduret usque ad transitum ad secundas nuptias, quo interveniente liberis ex utriusque parentis bonis communibus satisfaciendum est. *Cum liberi ita segregati, ipsa assignatione ex bonis communibus facta suum consequantur: ratione successionis ab intestato in bona parentis superstitis pro mortuis habentur, adeoque lex hac edictali cessat, proinde ac si liberi prioris tori non superessent*

sent. Qui etiamsi, liberis secundi tori non existentibus parenti suo ab intestato succedant, ad hanc tamen successionem non tanquam liberi, sed tanquam proximi Agnati vocantur.

Auch der Vater dieses Auctors, Just Henning Böhmer stimmt damit überein, wie oben (§. 32.) erwähnt worden *).

Eben das ist der Fall beim *Bodinus* in Dissert de Differ. jur commun. & stat. circa delat. hered. ab intest. §. 10. welche Stelle oben (in fine §. 31.) extrahirt worden.

Der Oberappellationsrath von Pufendorf (in obs. jur. univers. T. 3. ob. 10. p. 36. seq.) hat die Sache so gründlich erörtert, daß derselbe hier vorzüglich erwähnt zu werden verdient (oben §. 23.) Auch der Vice-Canzler Struben gehört hierher (oben §. 37.)

*) Conf. T. 1. exerc. 21. Cap. 2. §. 17. pag. 946. verb. hi Separati.

§. 41.

Daß der verstorbene Kammergerichtsassessor Freiherr von Cramer der von mir verfochtenen Meinung unbedingt beipflichte, ist §. 33. gezeigt worden.

Das nemliche gilt vom verstorbenen Kammergerichtsassessor Freiherrn von Ludolf*). Derselbe sagt:

Frequentissime Communionis bonorum effectus est is, ut rupto matrimonio, si superstes novum matrimonium contrahere voluerit, divisio sit facienda cum liberis ex matrimonio priore susceptis, & *ita ut superstiti Conjugi pars dimidia bonorum omnium acquiratur* *p l e n o j u r e*, altera pars liberis.

Er fügt zwar als Ausnahme von dieser Regel eine Königlich-Preussische Verordnung

*) Obs. Forens. P. 2. obs. 212. p. 619. — Conf. etiam *Schuchard* de Success. Conjug. §. 15.

nung vom Jahre 1720 bei, worin in Ansehung der Grafschaft Mark:

die bisherige Observanz, nach welcher durch die halbscheidige Abfindung die Kinder völlig abgefunden und aus dem durch die Schichtung erhaltenen Antheile des letzten Ehegatten nichts weiter fodern können, aufgehoben und dagegen verordnet wird, daß künftig die Kinder auch nach der Schichtung ihren Vater oder Mutter, mit dem sie getheilt, beerben sollen.

Allein, es ergiebt eben diese Verordnung, daß vorher auch in der Grafschaft Mark ein Anders observirt worden, nemlich die diesseits verfochtenen Grundsätze, welche durch diese Verordnung aufgehoben worden; exceptio autem firmat regulam. Und wenn in dieser Verordnung jene in der Natur der Sache selbst gegründete Observanz unbillig, ja irrationabel genannt wird, so kann man dieser Aeusserung nicht nur die Autorität des erwähnten Kammergerichts-Assessors von Ludolf entgegensetzen,

ßen, welcher die angezogene Observation überschreibt:

Communio bonorum inter Conjuges cum suis effectibus *a ratione non abhorret*,

und die Verordnung als eine Ausnahme von der Regel anführt; sondern es beweiset auch jener Ausdruck weiter nichts als daß der Concipient jener Verordnung mit der Natur der allgemeinen deutschen Gütergemeinschaft nicht genau bekannt und von den Grundsätzen des römischen Rechts zu sehr angesteckt gewesen sey, so daß er jene nach diesen modificirt hat.

Dies wird begreiflich, wenn man in Erwägung zieht, daß man in den Preußischen Staaten überhaupt keine andere Gütergemeinschaft anerkenne, als die nach römischen Societäts-Grundsätzen modificirt worden, nemlich eine Gemeinschaft nach Theilen, wo jedem Ehegatten die Hälfte des Vermögens gehört.

Confer. das Königl. Preußische Gesetzbuch Th. 2. Tit. 1. §. 637. 638. sq.

Wo diese Abart der eigentlichen Gütergemeinschaft durch eigene Gesetze vorgeschrieben ist, muß freilich darnach erkannt werden; wo aber dies nicht der Fall ist, da kann doch die Ausnahme nicht zur Regel gemacht werden, sondern es muß nach den in der Natur der Sache selbst liegenden Grundsätzen erkannt werden.

§. 42.

Selbst unter den Romanisten, selbst unter denjenigen, welche die deutschen Rechtsinstitute durchaus nach römischen Grundsätzen ummodeln wollen, und dadurch es schwerlich ausweichen können, unter die Cathegorie des von Cramerschen Ausspruchs *) gestellt zu werden, giebt es mehrere, die am Ende doch zu den wahren Grundsätzen zurückkehren und nicht selten dadurch in Widersprüche verfallen, die sie hätten vermeiden können, wenn sie jenen immer treu geblieben wären.

So

*) Omnium absurdorum absurdissimum... in opusc. T. 3. ex. 5. §. 8. p. 154.

So z. B. sagt Stryck *), dem man gewiß den Vorwurf nicht machen kann, daß er kein Romanist sey:

hoc autem discriminis interest, quod filii non separati jus succedendi in bonis parentum salvum habeant: & si cum Defuncti conjuge concurrant, ille dimidiam unam, alteram liberi accipiant. Separati vero a Successione excluduntur & portione sibi semel assignata contenti esse debent, sive modica, sive magna fuerit. Ex consensu enim Communi hæc portio fuit assignata. Unde si postea aucta fuerint bona parentis nil amplius petunt & si diminuta fuerint, parenti reliquisve liberis nihil restituunt.

Keiner steht wohl in dieser Rücksicht mit sich selbst mehr im Widerspruche als Weyer in seinem Commentar de Communione bonorum **). Er geht von einem durchaus richtigen

*) In tract. de Successione ab intest. Diss. 1. c. 4. §. 24.

**) Das Urtheil welches Lange (in dem Vorbericht seiner Abhandlung über die Gütergemeinschaft

tigen Grundsatze aus, allein bei der weiteren Erörterung schweben ihm die durch das römi-

sche

schaft §. 6. pag. 15. sq.) über den Weyerschen Commentar fällt, ist so auffallend richtig und durchgreifend, daß es zugleich als allgemeines Urtheil über alle andere Rechtslehrer gelten kann, welche die deutsche Gütergemeinschaft den römischen Rechtsgrundsätzen anzupassen gesucht haben, und deshalb verdient es hier eine Stelle.

„Die ersten Worte des Weyerschen Com-
„mentarii — sagt Lange l. c. — lauten al-
„so: Jus Communionis bonorum inter Con-
„juges est jus statutarium, aut consuetudi-
„narium, quo utriusque Conjugis bona, aes
„alienum, quæstus & damnum interutrum
„plene communicantur, ut unum utriusque
„patrimonium fit, in quo uterque par jus
„habet & neuter sibi quid proprium asserrere
„potest. Wenn aber der Verfasser seine in
„der Abhandlung selbst ausgeführte Sätze
„auf diese Definition durchgehends appli-
„cable machen sollte; so würde er sehr zu
„kurz kommen. Es ist nicht zu leugnen,
„daß er sich viele Mühe gegeben, die Leh-
„re von der ehelichen Communion in ein
„helleres Licht zu setzen, und es ist auch
„nicht in Abrede zu stellen, daß er dabei
„mit vieler Gründlichkeit zu Werke gegan-
„gen und besonders die Materie de Com-

muni-

sche Recht eingesognen Societäts = Grundsätze (die von der deutschen Gütergemeinschaft so himmel-

„munione bonorum prorogata weit umständ„licher, als alle seine Vorgänger proponi„ret habe. Allein, da er auf die Fontes „der Communion gar keine Rücksicht ge„nommen, sich auch um die Statuta und „Gewohnheiten anderer teutscher Provinzen „und Städte wenig oder gar nicht beküm„mert, sondern sein ganzes System ledig„lich auf opiniones Doctorum fundirt hat, „so konnte es nicht fehlen, daß er bey aller „seiner angewandten Sorgfalt nicht in die „gemeinen Irrthümer gerathen sollen. „Denn ohnerachtet er selbst bezeugt, daß „in seinem Domicilio in der Herrschaft Gim„born, welche bekanntlich sonst der Graf„schaft Mark incorporirt gewesen, die Com„munio bonorum universalis per secula her„kömmlich sey; so erhellet doch aus dem „Tractat selbst, daß sich seine wenigsten „theses mit der Communione universali ver„tragen, zum klaren Beweis, daß der „Usus fori in der Grafschaft Mark und „Herrschaft Gimborn durch die römi„schen Rechte gewaltig verderbt worden; „und da er sich von dem corrumpirten usu

„mo-

himmelweit verschieden sind) vor; und da er es nicht über sich vermogt, dieselben uneingemischt zu lassen, so war es die nothwendige Folge, daß er von einem Widerspruche in den andern verfallen müßte. Dennoch sagt er Part. 2. thes. 14. §. 7 pag 331. ausdrücklich:

effectus Separationis est, quod Communio inter parentes & liberos dissolvatur.

Pa-

„moderno seiner Landschaft doch nicht allzuweit entfernen wollen, hiernächst auch ihm niemalen an Wehrmännern ermangelt, welche die einmal zur Mode gewordenen Irrthümer bestärket, so haben sich solche in seinem Commentarium ebenfalls unvermerkt mit eingeschlichen: und so gute Hoffnung man aus dem Eingange seines Buchs schöpfen kann, so sehr sieht man sich in der Folge verlassen und den *authorem* wider seine eigene *principia* streiten."

Letzteres ist denn auch der Fall mit allen, die den Weyerschen Irrthümern gefolgt sind, mit Herrn Scherer und allen neuern Commentatoren, die diesen auszuschreiben geruhet haben. Schon Lange hat ihnen vor ihrer Geburt das Urtheil gesprochen.

Parens ſeparans cum liberis dividere non teneatur & in Cauſa ſucceſſionis liberi ab hereditate parentum excluſi, parentes vero mortui habentur, in leteris Cauſis jura ſanguinis ſalva manent.

An ut a Patris, matrisve ſeparantis ita & avi aviæque aliisque avitis ſucceſſionibus ſeparatio liberos ſeparatos excludit? Si avitæ hereditates deferantur liberis ſeparatis poſt mortem parentum ſeparantium, vel vivi parentes eas capere non poſſunt, ſeparatio liberos ab avi, aviæque aliisque avitis ſucceſſionibus non excludit; quando vero avus aviaque moritur vivo patre, poſtquam hic liberos aſſignata certa portione ſeparaverit, ſucceſſio patris eſt & liberi in adita a Patrē hereditate partem ſibi vindicare non poſſunt; integrum autem liberis eſt tempore ſeparationis par proteſtationem ſibī reſervare partem ex iis, quæ ab avo, aviaque ad parentes forte deventuræ ſunt.

Und

Und kehrt mithin am Ende auch zu den wahren Grundsätzen zurück *).

Unmöglich ist es Irrthümer und Widersprüche zu vermeiden, sobald man auch nur einen einzigen römischen Rechtsgrundsatz (wohin doch die römische Legitima gewiß auch gehört) auf dies ganz deutsche Institut anwenden will.

§. 43.

Der vierte Entscheidungsgrund der Herren Tübinger ist, wie sie selbst sagen, lediglich aus dem römischen Rechte genommen, und läßt sich deshalb darauf auch nichts anders, als mit des Freiherrn von Cramer Worten erwidern:

Omnium absurdorum absurdissimum est &c. (s. oben §. 20. in fine.)

Er erledigt sich aus dem bisher ausgesetzten von selbst.

§. 44.

*) Confer. etiam *Modest. Pistor* vol. 2. Cons. 2. quaest. 1. — Cothmann vol. 1. Cons. 5. nr. 19. 20.

§. 44.

Hier schließe ich diese Ausführung, und damit die Lehre der ehelichen Gütergemeinschaft um auch dem letzten Punkte des Tübinger Erkenntnisses über die Reconventionalforderungen noch einige Zeilen zu widmen.

Diese sind oben §. 4. aufgestellt, und die Herrn Tübinger haben die Beklagten mit der ersten und dritten derselben ganz ab, mit der zweiten aber zur besondern Ausführung verwiesen.

Die erste Reconventionalforderung ist gegründet in dem gemeinschaftlichen Testamente des Hofraths Erpenbeck und dessen ersteren Ehegattin der Beklagtin Schwester, Marie Clementine Ferdinandine gebohrne Becker. Letztere hatte in diesem Testamente ihren Vater in legitima instituirt, und die Beklagte als Universal Erben ihres Vaters, fodern jetzt vom Hofrath Erpenbeck aus jenem Testamente den dritten Theil des Nachlasses seiner erstern Ehegattinn cum omni Causa.

So

So viel ist richtig, daß letztere in Gefolg der Gütergemeinschafts-Grundsätze, ihren Vater in legitima zu instituiren, nicht verpflichtet gewesen. Es dürfte auch unbedenklich anzunehmen seyn, daß sie ohne Bewilligung ihres Ehemanns dazu nicht berechtiget gewesen sey. Da sie aber Ersteres freiwillig und zwar mit Vorwissen und Bewilligung ihres Ehemanns gethan; so läßt sich gegen die Rechtsbeständigkeit des Testaments nichts sagen.

Dessen ungeachtet haben die Herrn Tübinger den Beklagten diese Foderung aberkannt, und zwar aus dem Grunde:

weil der in legitima instituirte Vater, Lucas Becker, diese bei seinen Lebzeiten ihm angefallene Erbschaft nicht durch Antretung derselben erworben und sonach auch weder die Erbschaft selbst, noch das Recht sie zu erwerben, auf seine Erben transmittiren könne.

Haben denn die Herrn Tübinger gar nicht gewust, daß jeder Erbe ein gesetzliches

Spatium deliberandi habe *) und dieses Spatium deliberandi vermöge der transmissione justinianea auf jegliche Erben übergehe **)?

Dies Spatium deliberandi dauert zwar in dem Falle, wenn ein Dritter mit Grunde darauf besteht, daß der eingesetzte Erbe sich erklären solle, nur ein Jahr, wenn dies aber nicht der Fall ist, so dauert es dreißig Jahre ***); so daß dasselbe unbedenklich auch hier auf die Beklagten übergegangen seyn muß.

§. 45.

Mit der zweiten Reconventionalforderung, womit die Beklagten ad Separatum verwiesen sind, hat es folgende Bewandniß:

Der

*) Tot. tit. Cod. de jur. deliberandi.

**) l. 19. Cod. ibid. — *Bæhmer* introd. in Dig. lib. 28. tit. 8. §. 2. — *Koch* in Dissert. jurid. de herede deliberante. Giess. 1783.

***) Arg. l. 7. C. de petit. hered. — *Bæhmer* l. c. — Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 548. — *Koch* in Dissertat. Cit.

Der verstorbene Rentmeister Lucas Becker hatte mit dem Herrn Commandeur einen Admodiations-Contract auf mehrere Jahre geschlossen, worin jener unter andern angenommen hatte:

sämmtliche vorfallende Processe auf seine Gefahr und Kosten auszuführen.

Während der Dauer jenes Contracts entstand ein weitläuftiger Proceß wegen des Kinkelers Erbe, welches von der Frau von Coverden in Anspruch genommen wurde.

Diese obtinirte auch wirklich und zwar in der Maße, daß die Commende in sämmtliche Kosten und zu Ersetzung der fructuum perceptorum & percipiendorum verurtheilt wurde.

Der Herr Commandeur verlangte, daß sein Rentmeister und Admodiator diese allein bezahlen solle, weil aber dieser sich dazu wenigstens in der Maße nicht schuldig erachtete, so entstanden darüber weitläuftige Tractaten, die mehrere Jahre dauerten.

Es leidet kein Bedenken, daß die dieserhalb zu bezahlende Summe ein Onus des elterlichen Sammtvermögens war, mithin bei der im Jahre 1790 geschehenen Schichtung von jenem abgezogen werden mußte.

Letzteres konnte aber damals um deswillen nicht geschehen, weil noch kein Vergleich mit dem Herrn Commandeur darüber zu Stande gekommen war, deshalb mußte in dem Schichtungsrecesse dieser Abgang in Blanco gelassen werden (Anl sub Lit. A.) zum Ueberflusse haben sämmtliche Kinder durch eigne Unterschrift des Theilungsrecesses anerkannt, daß sie zu der dieserhalb zu bezahlenden Summe pro rata concurriren müssen.

Endlich im Jahre 1794 ist durch die von Beklagten angewandte viele Mühe der Vergleich zum offenbaren Besten sämmtlicher Interessenten dahin zu Stande gekommen: daß der Herr Commandeur mit einer in Pausch und Bogen ihm ausgezahlten Summe von 1000 Rthlr. sich begnügt und auf alle weitere Ansprüche verzicht gethan hat.

Es

Es versteht sich von selbst, daß der Hofrath Erpenbeck Namens seiner ersten sowohl als zweiten Ehegattinn zu jener Summe $\frac{1}{8}$, mithin überhaupt $\frac{1}{4}$ der Hälfte, nebst den vom Tage der Auszahlung aufgelaufenen Zinsen erstatten müsse.

Leyser *) hat hierüber Casum in terminis, wenn er schreibt:

gens nobilis prædium quoddam feudale communiter possidebat, quod Princeps tanquam ex Capite feloniæ & non renovatæ investituræ ad se devolutum vindicabat. Post longam & tædiosam litem princeps tandem, se juri suo renunciaturum, declarat, si sibi aliquot millia solvantur. Læti hanc Conditionem accipiunt omnes, quibus prædium commune erat, præter unum, qui pertinacissime, se quidquam contributurum, negat Liberi igitur, ne unius obstinatio omnibus noceat, partes suas singuli con-

K 2 ferunt,

*) Med. ad pand. Vol. 4. spec. 250. Med. 3. 4. pag. 918. sq.

ferunt, eam vero pecuniæ partem, quam contradictor ille solvere debuisset, sub fœnore aliunde sumunt. Quo facto, tentant primum amice illi, ut inpensam hanc necessariam reddat, persuadere. At inutiliter. Igitur post aliquot annos actionem instituunt: ad hanc reus respondere ab initio recusat plane, negatque sociis suis, qui invito se negotium suum gessisse se dicant, jus agendi esse, opponitque illis l 8. §. 3. de negot gest. Hi contra, non potuisse se partes suas separatim liberare, se debuisse simul negotium contradicentis, quippe a suo individuum, gerere, ostendunt, igitur actionem institutam non negotiorum gestorum, sed communi dividundo esse ajunt, per claram l 40. de negot. gestis & l. 6. § 2. communi dividundo, prohibitionem etiam ni sumtu necessario & conservatione totius rei non attendi debuisse, ostendunt. Inter has moras anni plures effluunt iterum, atque tandem acta ad Ictos Helmstadienses mittuntur. *Hi reum in sortem, usuras & expensas damnabant.*

War

War also wohl ein erdenklicher Grund vorhanden, die Beklagten mit dieser ganz liquiden, ihrer Exceptionsschrift sofort annectirten Foderung zur besonderen Ausführung zu verweisen?

§. 46.

Die dritte Reconvention betrift den mitbeklagten Hofkammerrath Becker allein. Dieser ist in der Klagschrift auf eine höchst ehrenrührige Art angegriffen und fälschlich einer strafbaren Handlung beschuldiget, weshalb derselbe die Kläger injuriarum belangte.

Die Herren Tübinger sagen darüber in ihren Entscheidungsgründen Folgendes:

Diese Injurien-Klage falle von selbst dahin, da die befragte gegenseitige Aeußerung nicht animo injuriandi, sed juris sui prosequendi causa gemacht worden.

Daß derjenige, welcher ex delicto klagt, und den Grund seiner Klage erweiset, nicht inju-

injuriarum belangt werden könne, versteht sich von selbst. Allein im vorliegenden Falle haben

1. die Kläger das väterliche Testament nicht aus dem Grunde angefochten, weil der Hofkammerrath Becker (wie fälschlich von ihnen angegeben worden) seinen Vater dazu gezwungen haben, sondern aus dem Grunde, weil es angeblich inofficiös seyn soll. Jener Umstand that also nichts zur Sache, gehörte gar nicht hierher und konnte Juris prosequendi causa nichts wirken, mithin war es offenbarer, strafbarer Frevelmuth, wenn die Eheleute Erpenbeck in einer von ihnen selbst eigenhändig unterschriebenen Handlung denselben öffentlich aufgestellt haben. Und zwar um so strafbarer, da

2. derselbe falsch, nicht erwiesen ist und niemals erwiesen werden kann.

Wenn jemand pro Defensione causæ d. h. wo es wirklich zur Erlangung seines Rechts

Rechts nothwendig ist, einem Andern ein delictum verum objicirt, so ist das freilich keine Injurie: allein, daß es erlaubt sey, pro prætensa desensione causæ einem Andern ein nicht existirendes und deshalb unerweisbares Verbrechen anzudichten, eine solche Behauptung ist mir noch nicht vorgekommen. Wenn dies zumal da, wo es zur Erlangung des angeblichen Rechts gar nichts beitragen kann, und deshalb auch gar nicht zur Sache gehört, keine Injurie ist, so muß ich gestehen, nicht zu wissen, wie es möglich sey, eine Injurie zu begehen.

---

§. 47.

Und damit sey die Prüfung eines Erkenntnisses geschlossen, das in der That in der juristischen Welt Epoche zu machen verdient. Nicht weniger als sieben verschiedene Punkte enthält dies Er-

kenntniß, und — eben so viel Nullitäten. Sollte ein neuer Vantius Materialien zu einem Werke de nullitatibus sententiarum sammeln, so kann man ihn unbedenklich nach Tübingen in die Schule schicken.

Anlagen
zur
Geschichts-Erzählung
in Sachen
Becker
wider
Erpenbeck.

Anlage A. Theilungsreceß.

B. Tübinger Urtel.

C. Entscheidungsgründe dazu.

A.

Nachdem ich für gut befunden, auch einige meiner Kinder darauf angedrungen, ihnen ihren kindlichen Quot herauszugeben; so habe ich mein sämmtliches Vermögen, um für's Künftige allen Irrungen vorzukommen, aufs genaueste verzeichnet und, wie folgend, dasjenige, was noch nicht vertheilet, inventarisirt, und daß alles richtig angegeben, bezeuget nicht allein meine eigenhändige Unterschrift, sondern wird auch hiemit, so wahr mich Gott helfe und sein heiliges Evangelium, bekräftiget.

	Rthlr.	ß.	pf.	Rthlr.	ß.	pf.
Lit. A. Das vorräthige Silber betrug 00 ℔ 00 $\frac{0}{0}$ Loth das ℔ zu 00 Rtlr. 0 ß. 0 pf. machte : :	000	0	0			
Nach Abzug der Halbscheid bleibt das zu Vertheilende : : :				000	0	0
L. B Das noch vorräthige Linnen ist durchs Loos vertheilet worden.						

L. C.

	Rtlr	ß	pf	Rtlr	ß.	pf.
L. C. Das Zinnen, so nicht mehr brauchbar war, habe ich auf Ansuchen meiner Kinder selbst behalten und nach Abzug meiner Halbscheid dafür einem jeden oRtlr. ausbezahlet, macht : : :	——	—	—	o	—	—
L. D. Meine Capitalien und liegenden Gründe betragen : :	ooooo	oo	o			
nach Abzug der Halbscheid :	——	—	—	ooooo	o	oo
L. E. Der Wagenwerth : :	ooo	—	—			
davon die Halbscheid : :	——	—	—	oo	—	—
L. F. Der Juwelenring, Kreuz und Ohrgehang zu : :	ooo	—	—			

davon

	Rtlr.	ß	pf.	Rtlr.	ß.	pf.
davon die Halbscheid : :	——	—	—	00	—	—
L G. Haus-Möbeln, als Tische, Kommoden Schränke, Stühle, Spiegel, Uhren, Porcellain ꝛc. zu : :	000	—	—			
davon die Halbscheid : :	——	—	—	00	—	—
L. H. Der Rückstand an Korn u. Geldempfang zu	0000	0	0			
davon die Halbscheid : :	——	—	—	0000	00	0 0/0
——	——	—	—			
Macht also mein Vermögenstand	00000	0	0			
und nach Abzug der Halbscheid meinen Kindern	——	—	—	00000	0	0 0/0
Hierauf hat ein jedes meiner Kinder schon empfangen						

L. A.

	Rtlr.	ß.	pf	Rtlr.	ß.	pf.
L. A. 0000 Rthlr. macht : :	0000	—	—			
L. B. Für Silber u. Zinnen 00 Rthlr. macht : :	000	—	—			
L. C. Der Schuldenstand wegen Gerichts Kosten behuf Kinkelers Erbe und Rückstand. Wegen Zeller A verkamp zu 0000 Rthlr. davon die Halbscheid :	000	—	—			
Mithin das Ausbezahlte und Schuldenstand machen : :	00000	0	0			
Diese Summe von dem Güterstande abgezogen, bleiben für meine Kinder noch zu theilen : :	—	—	—	0000	00	2

mit-

	Rtlr.	ß.	pf.	Rtlr.	ß.	pf.
mithin macht eines jeden meiner Kinder noch restirender Antheil : :	— —	—	—	0000	00	0

welcher noch restirender Antheil oder Legitima von einem jeden meiner Kinder in Empfang genommen und eigenhändig quitirt worden.

So geschehen auf der Commende Steinfurt den 15ten May 1790.

(L.P.) Lucas Becker mp.
Maria Josepha Becker
Wilhelm Christian Erpenbeck.
J. Werner Becker,
Gograf.
Bernardinus Becker, Can.

Namens meiner Schwester Alloisia Becker quitire ich

Bernardinus Becker, Can.
Lucas Becker.
Hermann Becker.

Namens meines Bruders Clemens Becker quitire aus dessen Commission Bernardinus Becker pr. Wechsel nach Lintz a R. von Hrn. Lindenkampf, den 18ten Jan. 1791.

B.

Urthel.

In Sachen sich haltend zwischen dem Herrn Hofrath und Professor der Arzneywissenschaft Wilhelm Christian Erpenbeck und dessen Ehefrau, Marie Josephine, einer gebornen Becker zu Steinfurt, Vorklägern und Wiederbeklagten an einem entgegen und wider den Herrn Hofkammerrath und Rentmeister der Commende Steinfurt, Hermann Becker, Namens seiner und der übrigen Lucas Beckerischen Testaments-Erben in actis benannt, Vorbeklagten und Wiederkläger am andern Theil, wird auf erhobene Klage, dagegen vorgeschützte Einreden und weitere Verhandlungen, nach geschehener Submission zum rechtlichen Erkenntniß, auf eingeholten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten, hiemit durch Urthel zu Recht erkannt:

daß der Kläger Gesuch auf bessere Cautionsleistung nicht statt habe, nicht weniger es bei den in die Rechtskraft eingetretenen Erkenntnissen und Decreten wegen deserirten und abgeschlagenen Appellationen und der dadurch verursachten Schaden und Kosten, nicht weniger der durch die von den Klägern gegen die Legitimation und Litiscontestation des Herrn Hofkammeraths Becker gemach-

gemachten Einwendungen gleichfalls verursachten Kosten zwar sein unabänderliches Verbleiben habe, hingegen aber, da gedachte Schaden und Kosten zur Zeit noch nicht liquidirt, und richterlich ermäßiget sind, unter einstweiliger Suspension des erlassenen Mandati solvendi, der Herr Hofkammerrath Becker, als Mandatarius der sämmtlichen Lucas Beckerischen Testamentserben noch eine vollständige und specifike Consignation sämmtlicher dahin gehöriger Posten, sammt den hiezu erforderlichen Belegen, nicht weniger der bei Hochpreislichem Kammergericht aufgeloffenen Kosten, nachdem dieselbe zuvor bei dieser höchsten Gerichtsstelle moderirt worden, ad acta zu bringen habe, worauf sodann, nachdem die Partheien hierüber in kurzen Sätzen summarisch ad Protocollum gehandelt haben, soviel diesen Punkt betrift, ferner ergehen wird, was Rechtens ist.

Sodann die Vorklage anbelangend, sind Vorbeklagte und Wiederkläger schuldig, von der Lucas-Beckerischen Verlassenschaft den achten Theil nach einem rechtsbeständigen Inventario oder in Ermangelung desselben einer eidlichen Specification cum omni causa an Vorkläger und Wiederbeklagte auszuantworten, dagegen hat die anderweite Klage der Vorkläger auf ein Prälegat von 500

Rthlr. nebst den darauf sich beziehenden Positionen nicht statt.

In der Reconvention aber
werden Vorbeklagte und Wiederkläger mit allen darauf sich beziehenden Foderungen abgewiesen, nur daß denselben ihre etwaige Ansprüche wegen Theilnehmung an Gerichtskosten zum Behuf Kinkelers Erbe in separato auszuführen unbenommen bleibt.

Die auf diesen Proceß aufgeloffenen Kosten, diejenigen ausgenommen, in welche Kläger bereits rechtskräftig verurtheilt sind, werden aus bewegenden Ursachen gegeneinander verglichen und aufgehoben, nur haben Kläger die Kosten der Actenversendung allein zu tragen. V. R. W.

Daß wir diese Urthel den Acten und Rechten gemäß erachten, bezeugen wir unter Vordrückung unsers Facultäts Insiegels. Actum in Collegio nostro, Tübingen den 27sten August 1800.

(L.S.) Decanus und andere Doctores und Professores der Juristen Facultät auf der Herzoglich Würtenbergischen Universität allhier.

Daß

Daß vorstehende Abschrift nach vorgenommener Collationirung ihrem Originale von Wort zu Wort gleichlautend gefunden worden, wird hiemit bezeuget zu Heitersheim den 25sten März 1801.

(L.S.) Pr. Fürstl. Johannitormeistl. Regierungs-Canzlei.

Schindler mppria Secretair.

C.

Entscheidungs-Gründe zu vorstehender Urtel.

C. C.

Wenn wir nun weiter die Fragen in rechtliche Prüfung zu ziehen haben,

„Ob und in wie weit bei der vorliegenden „Praeterition der Erpenbeckischen Ehegattinn, einer Tochter des Testators, Lucas „Becker, das in Frage liegende Testament „gültig, oder wenigstens wirksam sey? Ob „durch die eingetretene Schichtung gedachte „Erpenbeckische Ehefrau ganz aus den Verhältnissen einer Notherbin gegen den Testa-„stor in der Maaße herausgesetzt worden, „daß dieser mit aller rechtlichen Wirkung „über sein Vermögen durch einen letzten „Willen willkührlich Verfügungen (verfügen) und mit Rechtsbestande die Tochter „von seinem Nachlaß entweder durch Enterbung oder Uebergehung ausschließen „konnte?

so müssen wir, ehe wir uns in die Erörterung derselben einlassen können, folgende Grundsätze,

säße, die den Gang der Untersuchung leiten und beschränken, vorausschicken.

Ob zwar gleich die Johanniter-Commende zu Steinfurt in dem Territorium der Grafschaft Steinfurt gelegen ist, so ist jedoch die Reichsunmittelbarkeit derselben, theils durch einen ununterbrochenen Besitzstand, theils aber durch kaiserliche, dem hohen Johanniter-Orden ertheilte Privilegien vollkommen gegründet, was auch in dem von Hochfürstlicher Regierung an uns erlassenen Requisitionsschreiben als entschieden voraussetzt und durch das kammergerichtliche Decret vom 1sten April 1794.

S. Beilage sub. Lit. B. ad Num. 37. Actor.

durch welches die gegenwärtige Rechtssache an die Hochfürstliche Regierung zu Heitersheim, als das forum commune & competens zurücke verwiesen wird, vollkommen bestätiget ist. Nach diesen Prämissen können auch die Landesgesetze jener Grafschaft hier nicht zur Norm angenommen werden, so lange nicht dargethan ist, was aber die klagenden Erpenbeckischen Eheleute nicht vermogt haben, daß eben diese Landesgesetze auch in dem Commende-District entweder ausdrücklich oder stillschweigend durch Observanz aus freien Willen angenommen worden seyen, und eben so wenig

nig sind wir auch berechtigt, der Münsterischen Policeiordnung in Hinsicht auf Gütergemeinschaft einigen Werth beizulegen und dieselbe in der gegenwärtigen Rechtssache als Entscheidungsquelle zu benutzen. Wir werden daher auch alle diejenige Argumente, die aus dem einen oder andern dieser statutarischen Gesetze zum Behuf der streitenden Partheien abgeleitet worden sind, was unmittelbare Folge dieser Principien ist, ganz bei Seite setzen und mit Stillschweigen übergehen.

Dies hingegen ist eine von beiden Theilen anerkannte Wahrheit, daß die Lucas-Beckerische Eheleute zusammen in einer vollkommnen und allgemeinen Gütergemeinschaft gelebt haben, und beinahe mit eben der Zuverlässigkeit können wir auch voraussetzen, daß in dem Commende-District, wie in der ganzen dortigen Gegend eine allgemeine Gütergemeinschaft unter Eheleuten nach Observanz und Gewohnheitsrechten eintrete, wenn nicht durch Eheverträge Modificationen und Einschränkungen dabei gemacht, oder die Gütergemeinschaft gänzlich aufgehoben worden ist.

Nur müssen hier die bestimmteren Verhältnisse der Eheleute in Beziehung auf diese allgemeine Gütergemeinschaft aus der deutschen Rechtsanalogie, das heißt aus der ursprünglichen Entstehung und weitern Ausbildung des allge-

allgemeinen Begrifs und der Grundsätze dieses Instituts geschöpft werden,

Tafinger, über die Bestimmung des Begrifs der Analogie des deutschen Privatrechts. §. 49.: 51.

Danz, in dem Handbuch des heutigen Privatrechts. I. Band. III. Hptst. §. 99. S. 309.

weil die einzelnen statutarischen Rechte nach demjenigen, was wir kaum bemerkt haben, hier nicht in Anwendung kommen können.

Wenn wir nun von diesen Principien ausgehen, so will es dabei das Ansehen gewinnen, als ob das väterliche Testament, in welchem die Frau Hofräthin Erpenbeck gänzlich mit Stillschweigen übergangen worden ist, nicht nur zu Recht beständig, sondern auch vollkommen wirksam sey, und den Erpenbeckischen Eheleuten dagegen kein Rechtsmittel zustehe, indem

Rationes dubitandi

1) durch die vorgenommene Schichtung des gemeinschaftlichen Vermögens alle rechtliche Verhältnisse zwischen dem Vater und dessen Kindern so sehr aufgehoben worden,

den, daß ein jeder Theil die freie und uneingeschränkte Dispositionsgewalt über das ihm durch die Theilung zugefallene Vermögen erhält und weder der Vater die von ihm abgesonderten Kinder, noch diese im entgegengesetzten Falle den Vater, in sofern sie über ihr eigenthümliches, durch die Vertheilung ihnen zugefallenes Vermögen letztewillens: Verordnungen machen, als Notherben zu behandeln haben; und es überdies

2) ein nach deutschen Rechten allgemein anerkanntes Principium ist, daß durch eine solche Abtheilung des gemeinschaftlichen Vermögens zwischen dem überlebenden Ehegatten und dessen Kindern nicht nur die väterliche Gewalt, sondern auch die Erbfolge aufgehoben werde

Mevius ad jus Lubecense. P. 2. Tit. 1. Art. 2. n. III. Art. 33. n. 178 und 148.

und dergleichen abgefundene Kinder in Hinsicht auf den überlebenden Vater im rechtlichen Sinn für todt gehalten werden, weswegen auch

3) das solchergestalt abgefundene Kind und dessen Kinder nach dem Tode des letztlebenden

benden Ehegatten von desselben Nachlassenschaft nichts mehr zu erwarten, zu suchen und zu erben haben.

Pütter in den auserlesenen Rechtsfällen. T. 2. Resp. 210. nr. 10.

Dreyers Alterthümer 1. T. S. 100.

J. H. Bœhmer, Diss de statu liberorum sui juris factorum per separationem vel nuptias. C. 2. §. 17.

Carmon in Diss. de abdicatione liberorum. S. 4. §. 2. p. 49.

Buneckau in Diss. de Separatione liberorum. §. 13.

Rationes decidendi

Dieweilen aber dennoch

1) durch die zwischen dem Lucas Becker und dessen Kinder geschehene Abtheilung des unter ihnen gemeinschaftlichen Vermögens zur Hälfte für jeden Theil, zwar die bisherige auf die Kinder von der verstorbenen Mutter übertragene Gütergemeinschaft aufgehoben worden, hingegen aber

2) da

2) da die Lucas-Beckerische Kinder von dem väterlichen Vermögen damals nichts erhalten haben und von dem Vater solchergestalt nicht abgefunden worden sind, dieselben dadurch gegen den Vater, wenn sie gleich durch diese Absonderung aus der väterlichen Gewalt ausgetreten und sui Juris geworden sind, das in den gemeinen Rechten gegründete Erbfolgerecht nicht verlohren, sondern vielmehr beibehalten haben;

Freiherr von Kramer in den Wetzl. Nebenst. XIX. Th. nr 1.

Pütter in den auserlesenen Rechtsfällen S. 2. Resp. 210. n. 21.

Diesem zufolge also

3) auch der Vater, Lucas Becker, seine Tochter, die Frau Hofräthin Erpenbeck testamentsweise von ihrem Erbfolgerechte nicht weiter, als bis auf den Pflichttheil ausschliessen konnte;

Schorch, Resp. Erford. 336. nr. 11. und 12.

Philipp Carl Scheerer, die verworrene Lehre der Gütergemeinschaft 1 Th. II. Hptst. §. 168.

So finden nunmehr

4) in Beziehung auf die väterliche Erbschaft, wovon die Lucas-Beckerische Kinder noch nicht abgefunden sind, weil sie keinen Antheil von der ihm eigenthümlich zugefallenen Hälfte erhalten haben, die römischen Rechtsbestimmungen ihre volle Anwendung, und ist daher auch die Frau Hofräthin Erpenbeck, indem sie von dem Vater mit Stillschweigen in dessen letzten Willen übergangen worden war, als ein aus der väterlichen Gewalt getretenes Kind durch die Agnition der bonorum possessionis den ihr ab intestato gebührenden Erbtheil, und solchemnach den achten Theil der väterlichen Erbschaft in Anspruch zu ziehen berechtiget;

L. 4. C. de Liber. præter.

Franzkius, Exerc. ad Pand. VIII. q. 1.

v. *Pufendorff*, Obs. Jur. univ. Tom. IV. Obs. 70.

Voet, in Comment. in Pand. ad Tit. de liber. & posth. §. 7.

Hof-

Hofacker in Princ. jur. civil. Rom. Germ. T. 2. §. 1283 u. 1284.

weswegen wir auch darauf erkannt haben, daß derselben der achte Theil von der väterlichen Erbschaft nach einem rechtsbeständigen Inventarium oder in Ermangelung desselben einer eidlichen Specification cum omni causa von den Beklagten, den eingesetzten Lucas-Beckerischen Testaments-Erben, ausgeantwortet werde.

II.

II.

Actenmäßige Geschichts-Erzählung

in Sachen

der Geschwister S.

wider ihren

Halbbruder den Domvicar H.

Die Geschwister S. wohnen im Fürstenthume Münster im Westphalen. Ihr Halbbruder H. läßt sich im benachbarten Osnabrückschen Lande häuslich nieder. Auch die eine Schwester Agnes S. geht in das Osnabrücksche Kloster R. und cedirt ihren kindlichen Erbschaftstheil nebst allem was ihr sonst noch anfallen möchte, ihrer Mutter, welche Cession vom Kloster genehmigt wird.

Die Mutter stirbt, und derselben einziger Erbe ist der Halbbruder H. weil die Kinder erster Ehe vermöge der ehelichen Gütergemeinschaftsgrundsätze schon abgefunden sind.

Nachher und als die Schwester Agnes schon lang im Kloster sich befunden, stirbt die im

Mün-

sterschen wohnhaft gebliebene Schwester Henriette S. Ihre Nachlassenschaft (die theils in Immobilien, theils in ausstehenden Capitalien besteht) fällt nach bekannten Rechten auf ihre rechte Geschwister, und kann der Halbbruder daran keinen Anspruch machen. Allein da auch die Mutter verstorben, so prätendirt er vermöge oben erwähnter Cession den auf die ins Kloster gegangene Schwester Agnes verfallenen Antheil der Nachlassenschaft der verstorbenen Henriette; welches jedoch die beiden andern Geschwister aus erster Ehe aus dem Grunde bestreiten, weil ihrer Schwester Agnes, nachdem sie ins Kloster gegangen, überall keine Erbschaft mehr anfallen können, vielmehr dieselbe pro civiliter mortua zu halten, nach Vorschrift der Münsterschen Verordnung vom 27sten November 1779, worin festgesetzt:

daß alle Ordensgeistliche, sobald sie Profession abgelegt, hiedurch und ipso facto, ohne daß es einiger Renunciation bedürfe, oder daß eine Protestation dagegen Platz haben können, pro civiliter mortuis & renunciatis gehalten werden sollen und weder auf sie, noch

noch auf die Klöster in ihrem Namen einige Erbschaft verfallen möge

und zugleich bei Strafe der Nullität verordnet ist:

daß weder ein Ordensgeistlicher noch irgend ein Kloster zum Erben eingesetzt werden könne.

Konnte nun die Religiöse Agnes ihre verstorbene Schwester Henriette nicht beerben, so musten natürlich auch alle Ansprüche des vermöge der Cession an jener Stelle getretenen Halbbruders H. wegfallen, und springt es also von selbst in die Augen, daß die Entscheidung jenes Streits allein auf der Frage beruhete:

ob in dem vorgelegten Falle nach Münsterschem oder Osnabrückischem Rechte succedirt werden müsse, ob mithin jene Münstersche Landes Verordnung darauf anwendbar sey oder nicht?

Was die Mobilien betrift, sind zwar alle Rechtslehrer dahin einig, daß darin nach

Rechten des Orts succedirt werde, wo der Erblasser gewohnt hat und verstorben ist, d. h. secundum jura in foro domicilii defuncti obtinentia. In Rücksicht der Immobilien aber sind die Meinungen sich nicht gleich, indem, wenn gleich die grössere Anzahl der Rechtslehrer behauptet, daß darin secundum statuta & consuetudines ejus loci, ubi bona sita sunt, succedirt werde *), dennoch auch einige andere diesen Unterschied nicht gelten lassen wollen, sondern auch darinn secundum jura in foro domicilii Defuncti obtinentia die Erbfolge eintreten lassen **). Indessen kam es auf letztern Unterschied in dem vorgelegten Falle nicht an, weil sowohl die Erblasserinn, die Schwester Henriette, beständig im Münsterschen gewohnt hatte und daselbst gestorben war, als auch die Immobilien daselbst gelegen waren, mithin das forum Domi-

*) als: *Burgund* ad consuet Flandr Tr. I. nr. 36. *Coler* de proc. exec. P. I. Cap 3. — *Carpzov* P. 3. Const 12. Def. 12. — *Struv* Exerc. 38. th. 44. — *a Sande* Dec. fris. l. 4. t. 8. d. 7.

**) Conf. *Pufendorf* obs. jur. univers. Tom. I. obs. 28. §. 4. — 10.

domicilii Defuncti und das forum rei sitæ hier ein's und das nemliche war.

Da nun die Ordensgeistliche Agnes und das Kloster, worinn sie getreten, jetzt der vermöge der Cession an ihre Stelle getretene Halbbruder H. auf eine im Münsterschen angefallene Erbschaft Anspruch machten, so konnte es keinem Zweifel unterworfen seyn, daß sie sich auch nach Münsterschen Rechten dazu qualifiren mußten, und nach der eben angezogenen Münsterschen Verordnung erkannt, mithin ihre Ansprüche als ungegründet verworfen werden mußten.

Dessen ungeachtet aber fand die Juristenfacultät zu Rinteln, wohin die Acten zum Spruche Rechtens verschickt worden waren, nach fleißiger collegialischer Erwägung die Ansprüche des Halbbruders H., in Rücksicht der Capitalien völlig gegründet und erkannte ihm dieselbe pro rata des angeblich auf die Religiöse Agnes verfallenen Antheils zu. Die zur Motivirung dieses Erkenntnisses in den Entscheidungsgründen vorkommende merk-

würdige Stelle setzt demselben die Krone auf sie lautet wörtlich, wie folget:

sodann bei der Discrepantia statutorum die Successio in mobilia secundum jura in foro Domicilii obtinentia beurtheilt werden muß,

Huber prælect. jur. civ. T. 3. tit. 13. §. 21. not. 5.

Koch de success. ab intest. §. 14.

Hoffacker, de efficacia statutor. in res extraterritor. sitas. §. 26.

nomina vero, seu debita pro rebus mobilibus haberi constat.

Leyser, spec. 26. med. 2.

in dem Osnabrückschen aber, wo das Kloster N. gelegen ist, die gemeinen Rechte obtiniren, nach welchen die Regel eintrit: quod quidquid adquirit monachus, acquirat monasterio & ita hæreditas ei diferri possit,

quam

quam monasterium ejus nomine capiat,

J. H. Bœhmer, de success. clericor. cap. 7. §. 19.

Da nun das Kloster R. die von der Religiöse Agnes an ihre Mutter geschehene Cession ihres gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens genehmiget hat, so kann die Münstersche Landesordnung in gegenwärtigen Falle keine Anwendung finden.

Die Schlußfolge, welche die Herrn Referenten nach fleißiger collegialischer Erwägung gemacht haben, ist genau folgende:

Da in den Mobilien nach den Rechten des Orts, wo der Erblasser gewohnt hat, succedirt wird, in dem vorliegenden Falle aber der Erbe im Osnabrückschen wohnt, so muß hier nach Osnabrückschen Rechte succedirt werden.

Nach welcher Logik diese Schlußfolge zu rechtfertigen seyn mögte, ist mir nicht bekannt.

Alle

Alle von den Herren Referenten angezogene Rechtslehrer sagen ausdrücklich,

daß nach den Rechten des Orts, wo der Erblasser gewohnt, succedirt werde,

dessen ungeachtet aber concludiren sie selbst dahin,

daß die Succession nach den Rechten des Orts, wo der Erbe wohnt, eintrete.

Es scheint, daß diese Juristen-Facultät sich streng an ihr Fach, und jeden Uebertritt in ein anders Fach und namentlich in die Philosophie (wozu auch die Logik gerechnet zu werden pflegt) für streng verboten halte, und so mag es verzeihlich seyn, wenn sie die Wahrheit auf den Kopf stellt; aber traurig ist es, wenn die Partheien solche collegialische Irrthümer büssen sollen. *)

*) Letzteres war nun hier freilich nicht völlig der Fall, denn die folgenden Referenten hoben nicht nur die Rintelsche Urtel auf, sondern verurtheilten auch denjenigen, für welchen sie günstig ausgefallen war, in alle Kosten. Denn (sagten sie) das Rintelsche Erkenntniß sey

nicht

nicht so geartet, daß jemand daraus probabilem litigandi causam habe schöpfen können. Zugleich ergiebt dieser Fall, daß auch nach dem Absterben des Canzlers von Springer die Juristenfacultät zu Rinteln das Talent nicht verlohren habe, die Welt mit merkwürdigen Unrechtssprüchen zu vermehren. Man vergleiche die Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft Th. 1. St. 1. p. 397. und St. 3. p. 371. u. folg.

III.

Merkwürdiges Criminal-Erkenntniß.

Zwei Bauern gerathen eines Speckdiebstals wegen in Untersuchung. Der eine wird aus dringenden Anzeigen zum zweijährigen Zuchthause verurtheilt. Der andere, wider den zwar einige, aber keine hinreichende Anzeigen vorhanden sind, wird der Haft entlassen, jedoch die weitere Untersuchung wider denselben vorbehalten. Zum Verständniß der Urthel muß ich bemerken, daß dies Erkenntniß in den Acten unter der 14ten Nummer liegt.

Dieß befaßte in Ansehung des letztern wohl weiter nichts, als was man eine absolutionem ab instantia nennt. Immittelst wurde auf des peinlichen Anklägers Veranlassen die weitere Untersuchung vorgenommen, der Verurtheilte über seine Helfer verhört, zwei neue Zeugen vernommen und schon zwei Jahre vor der letzten Urthel die Sache dergestalt für beschlossen gehalten, daß dem Beschuldigten kund gemacht wurde: es sey ein weiteres Erkenntniß bereits abgefaßt und solle ihn eröffnet werden.

Nun schlug der Beschuldigte Vertheidigungs-Zeugen vor und bat um demnächstige Ver-

Verschickung der Acten. Jene wurden abgehört, zwischen dem peinlichen Ankläger und des angeschuldigten Vertheidiger mehrere Schriften gewechselt, mithin war die vorbehaltene fernere Untersuchung um so gewisser genau, umständlich und bis zum endlichen Schlusse geführt, als die darüber nach dem Erkenntnisse verhandelten Acten aus 38 Nummern bestehen.

Da nun darüber, ob eine wirklich angestellte und schließlich vollbrachte Untersuchung anzustellen sey oder nicht? durchaus gar keine Frage mehr seyn konnte, da alle Umstände der Thatsache auf das genaueste und pünklichste untersucht, da Anklage und Vertheidigung vorhanden und so das Verfahren zum endlichen Spruche geschlossen war, so konnte niemand von der Facultät, wohin die Acten gediehen, etwas anders, als das entscheidende quilty, or not guilty erwarten. Statt dessen kam aber für 15½ Rthlr. Urthel- Verlags- und Verschickungskosten diejenige Urthel zum Vorschein, welche ich, sammt ihren Entscheidungsgründen, zur Belustigung der Leser wörtlich hier mittheile;

Als

„Als die Herren Uns die wider NN. er=
„gangenen Acten, und was derselbe nochmals
„zu seiner Vertheidigung in Schriften vorgestellt,
„nebst einer Frage zugeschickt und Unsere Rechts=
„belehrung darüber gebeten.

„Demnach erachten Wir, nach fleißiger
„Verlesung und Erwägung, darauf im Rech=
„ten gegründet und zu erkennen seyn:

„Daraus so viel zu befinden; daß NN.
„was ihm wider das Nr. 14. Actor. befindli=
„che Erkenntniß zu statten kommen könnte,
„nicht ausgeführet *), derowegen es dabei
„nochmals zulassen und die fernerweit ver=
„ursachten Unkosten von selbigem einzu=
„bringen."

„Von Rechtswegen."

Entscheidungsgründe.

„Dieweil die eidliche Anzeige eines Fur-
„tum passi, nach der Beschaffenheit dieses
„beim=

*) Es war ihm NB. gar nicht eingefallen wider das Erkenntniß nr. art. 14. etwas auszuführen.

„heimlichen Verbrechens, um diesfalls zu ei„niger Gewißheit zu gelangen, nöthig und sol„ches für ein testimonium in propria causa, „in Ermangelung besonderer Umstände, nicht „so schlechterdings zu achten und gänzlich aus„ser Augen zu setzen ist, dieser auch allhier „besage Protoc Nr. actor. 25. noch mehrern „Zeugen beipflichten, welche, wenn sie auch „selbst sich bei anderer Gelegenheit, besage „Protoc. Nr. 45. eines Diebstahls schuldig „gemacht haben sollten, welches überdem auf „blosser Vermuthung beruhet, deswegen für „ganz verwerflich und meineidig nicht geachtet „werden mögen;

„Und dann der Umstand, daß Fleisch „unter dem Miste vergraben gefunden wor„den, da dieses ein nicht allein ungewöhnli„cher, sondern auch der Eßlust widerstehender „Ort ist, verbunden mit der anfangs von In„culpaten genommenen Flucht den Verdacht „wider selbigen nicht wenig vermehren;

„Auch eben deswegen wenn überdem auf „die Nr. Actor. 38 und 49. angezogenen Um-

„stän-

„stände Rücksicht genommen wird, die Fortstellung der Untersuchung wider den Angeschuldigten allerdings erfodern.

„So ist, wie im Urtheil enthalten, von „Uns billig erkannt.

„Ordinarius, Senior und andere Doctores „der Juristen-Facultät allhier *).“

Also eine reine Bestätigung desjenigen Erkenntnisses, in welchem die nachher wirklich vorgenommene Untersuchung vorbehalten war, die Bestätigung eines Erkenntnisses, gegen welches keiner von beiden Theilen auch nur das mindeste eingewandt hatte, welches beide gleich Anfangs in die volle Rechtskraft hatten treten lassen; um dessen Bestätigung zu bitten, niemand auch nur im Traume sich hatte einfallen lassen!

*) soll heißen: zu Leipzig.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Merkwürdige Unrechtssprüche deutscher Juristenfacultäten

Bd.: 1

Osnabrück 1804

Decis. 115 c-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10397273-5